

TAMPEREEN YLIOPISTO

Johtamiskorkeakoulu: Julkisoikeus

Lääkäri julkisen vallan käyttäjänä

Toimivallan rajat etenkin mielenterveystilain mukaisessa tahdosta
riippumattomassa hoidossa

Tuomas Ruotsalainen
Pro Gradu –tutkielma
2014
Tampereen yliopisto

Johtamiskorkeakoulu

TUOMAS RUOTSALAINEN: Lääkäri julkisen vallan käyttäjänä – Toimivallan rajat etenkin mielenterveyslain mukaisessa tahdosta riippumattomassa hoidossa

Pro Gradu –tutkielma, x + 72 s.

Julkisoikeus

Toukokuu 2014

TIIVISTELMÄ

Lääkäreiden palvelussuhteiden moninaisuuden yleistyminen on aiheuttanut terveydenhuollossa uudenlaisia käytännön ongelmia liittyen potilaan oikeusturvaan. Yksityistämisellä on pyritty ratkaisemaan täyttämättömien lääkärin virkojen aiheuttamat ongelmat muun muassa hoitotakuun toteutumisessa. Tämän seurauksena lääkärin toimivaltaongelmat liittyen julkisen vallan käyttöä sisältäviin tehtäviin ovat kuitenkin lisääntyneet.

Tutkimuksessa selvitetään julkisen vallan käytön vaikutuksia lääkärin työssä etenkin mielenterveyslain (1116/1990) mukaisessa tahdonvastaisessa hoidossa. Tukea päätavoitteeseen etsitään sekä lainkohdista, joissa säännellään julkisen vallan käytöstä että lainkohdista, joissa säännellään lääkärin työhön liittyvästä julkisen vallan käytöstä muiden lakien kuin mielenterveyslain kannalta. Tällaisia lakeja ovat esimerkiksi päihdehuoltolaki (41/1986) ja tartuntatautilaki (583/1986).

Julkisen vallan käytön rakentumista tarkastellaan Suomen lainsäädännön lisäksi perus- ja ihmisoikeuksien ja niistä johtuvien oikeusperiaatteiden kautta. Julkisen vallan käytön käsitteelle etsitään rajoja erottelemalla toisistaan käsitteitä julkisen vallan käyttö, merkittävän julkisen vallan käyttö, julkinen hallintotehtävä ja tosiasiallinen toiminta.

Tutkimuksessa tarkastellaan lääkärin ammatin organisatorista perustaa. Kyseinen perusta on säännelty erityisesti sekä perustuslain (731/1999) tasolla että kuntalailla (365/1995), minkä lisäksi sitä on tarkennettu useiden muiden yksittäisten säännösten tasolla. Huomiota on kiinnitetty julkisen ja yksityisen sektorin välisten erojen tarkasteluun ja siihen, miten näiden kahden erottelu voi olla joskus ongelmallista. Esimerkkeinä yksityisen sektorin käyttämistä julkisissa tehtävissä on käytetty tilaaja-tuottaja -mallin ja palvelusetelin käyttöä.

Lääkärin ammatillista asemaa tutkitaan organisatorisen rakenteen lisäksi palvelussuhteen perustan kautta. Lääkärin palvelussuhteista toisistaan erotellaan esimerkiksi virkalääkärit, yksityisellä sektorilla toimivat lääkärit ja opiskelijat työelämässä. Lääkärin toimivaltaan liittyviä ongelmia tarkastellaan yksittäisten mielenterveyslain tahdonvastaiseen hoitoon liittyvien oikeustapauksien kautta.

Lähteet.....	v
1. Johdanto.....	1
1.1. Terveysthuollon tilanne Suomessa.....	1
1.2. Tutkimuskysymykset, tutkimusmetodi ja lähteaineisto	3
1.3. Tutkielman rakenne	5
1.4. Julkisen vallan käyttö	6
1.4.1. Valtio ja julkisen vallan käyttö	6
1.4.2. Perus- ja ihmisoikeudet	8
1.4.3. Perustuslaki	9
1.4.4. Julkinen vallan käyttö ja julkinen hallintotehtävä.....	12
1.4.5. Näkökohtia julkisen vallan käytöstä	13
1.5. Muita keskeisiä käsitteitä	16
1.5.1. Virkavastuu	16
1.5.2. Vahingonkorvausvastuu.....	17
1.5.3. Potilaan itsemääräämisoikeus	19
2. Lääkäri.....	21
2.1. Lääkärin ammatillinen asema.....	21
2.1.1. Lääkärin oikeuksista ja velvollisuuksista	21
2.1.2. Laki potilaan asemasta ja oikeuksista.....	24
2.1.3. Lääkäri ja mielenterveyslaki	27
2.1.4. Lääkäri terveydenhuollon ammattihenkilönä	30
2.1.4.1. Laki terveydenhuollon ammattihenkilöstä	30
2.1.4.2. Virkasuhde	32
2.1.4.3. Työsuhde.....	34
2.1.4.4. Henkilöstövuokraukseen perustuva työsuhde.....	35
2.1.4.5. Opiskelija työelämässä	37
2.2. Lääkärin palvelussuhteen perusta.....	40

2.2.1.	Julkisen terveydenhuollon järjestämistä ohjaava lainsäädäntö	40
2.2.2.	Kunnan järjestämisvastuu	41
2.2.3.	Tilaaaja-tuottaja -malli.....	44
2.2.4.	Palveluseteli	45
3.	Julkisen vallan käyttö lääkärin ammatissa	47
3.1.	Terveydenhuoltoon liittyvä hallintoasian käsittely	47
3.2.	Julkisen vallan käyttöä sisältävät tehtävät.....	49
3.2.1.	Potilaan eristämistä vaativat toimenpiteet.....	49
3.2.2.	Muut tilanteet liittyen potilaan oikeuksista ja eduista päättämiseen	51
3.3.	Mielenterveyslain mukainen tahdonvastainen hoitotoiminta.....	54
3.4.	Oikeusasiamiehen kannanotto	56
3.5.	Yksityistämisen vaikutukset.....	57
4.	Rajanveto-ongelmat käytännössä	61
4.1.	Toimivaltaongelmat mielenterveyslain mukaisessa päätöksenteossa	61
4.2.	Toimivaltaongelmiin liittyviä oikeustapauksia	62
	Tapaus 1. Helsingin HAO 19.7.2013 taltio 13/0574/2	62
	Tapaus 2. Kuopion HAO 18.1.2013 taltio 13/0016/7	63
	Tapaus 3. Kuopion HAO 16.6.2010 taltio 10/0358/7	64
	Tapaus 4. 13.9.2012/2399 KHO:2012:75	65
	Tapaus 5. 10.8.2012/2127 KHO:2012:63	66
5.	Kokoavia näkökohtia.....	68
5.1.	Johtopäätökset	68
5.2.	Tulevaisuuden näkymät.....	72

Lähteet

Kirjallisuus

Alexy, Robert: A Theory of Constitutional rights. Translated by Julian Rivers. Oxford University Press. Reprinted. New York 2004.

Dworkin, Ronald: Taking rights seriously. The Bath Press. Viides painos. Avon 1987.

Hemmo, Mika: Selvitys puhdasta varallisuusvahinkoa koskevan sääntelyn uudistamistarpeesta. Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä 2002-2009. 2002:26.
<http://urn.fi/URN:ISBN:952-466-090-3>

Hemmo, Mika: Vahingonkorvausoikeus. Talentum Media Oy. Helsinki 2005.

Husa, Jaakko - Mutanen, Anu – Pohjolainen, Teuvo: Kirjoitetaan juridiikkaa. Gummerus Kirjapaino Oy. Saarijärvi 2001.

Husa, Jakko – Pohjolainen, Teuvo: Julkisen vallan oikeudelliset perusteet. Johdatus julkisoikeuteen. Talentum. Toinen uudistettu painos, Helsinki 2008.

Husa, Jaakko: Keikkalääkäri ja julkisen vallan käyttö. Lakimies 6/2012. s. 950 – 959. Vammalan kirjapaino Oy. Sastamala 2012.

Jyränki, Antero: Valta ja vapaus. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1994.

Kalliomaa-Puha, Laura: Sopimuksellisuus sosiaaliturvassa – Uusia vaatimuksia asiakkaille ja lainsoveltajille. Teoksessa Julkista – yksityistä; millaisissa rakenteissa? Universitas Wasaensis. Vaasa 2012.

Kelsen, Hans: Puhdas oikeusoppi. Toinen kokonaan uudistettu painos. WSOY. Porvoo 1968.

Keravuori-Rusanen, Marietta: Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä - Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus julkisen hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle. Edita Prima Oy. Helsinki 2008.

Koskinen, Seppo – Kulla, Heikki: Virkamiesoikeuden perusteet. Talentum. 6. uudistettu painos, Helsinki 2013.

Kotkas, Toomas – Tuori, Kaarlo: Sosiaalioikeus. Wsoy 2008.

Laitinen, Jorma: Tahdosta riippumattoman psykiatrisen hoidon oikeutus moraalifilosofisessa katsannossa. Acta Universitatis Lapponiensis. Lapin yliopistopaino. Rovaniemi 1996.

Lavapuro, Juha: Uusi perustuslakikontrolli. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 301. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 2010.

Liljeström Marita: Tuomioistuimetko arvioimaan sairaanhoitoa koskevia ratkaisuja? Teoksessa Korkein hallinto-oikeus 80 vuotta. Högsta förvaltningsdomstolen 80 år. Vammalan Kirjapaino Oy, Vammala 1998.

Lillrank, Paul – Haukkapää-Haara, Pirjo: Terveystenhuollon tilaaja-tuottaja –malli. KTM rahoitetut tutkimukset. Edita Publishing Oy. Helsinki 2006.

Lohiniva-Kerkelä, Mirva: Terveystenhuollon juridiikka. Talentum. Helsinki 2004.

Lääkärin etiikka: Päätoimittaja Samuli Saarni. Esa Print Oy . 7. painos, Lahti 2013.

Lääkärintyö ja laki: Päätoimittaja Kimmo Koskenvuo. Duodecim. Oy West Point. Rauma 2000.

Niemivuo, Matti - Keravuori-Rusanen, Marietta - Kuusikko, Kirsi: Hallintolaki. 2010.

Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen – Ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen. Toimittanut Tuuli Heinonen – Juha Lavapuro. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja, e-sarja n:o 23. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 2012.

Paunio, Riitta-Leena – Pelkonen, Risto: Terveystenhuollon valvontaryhmän mietintö.

Sosiaali- ja terveysministeriön raportteja ja muistioita 2012:8.

http://www.stm.fi/julkaisut/nayta/-/_julkaisu/1586969

Pölönen, Pasi: Sopimuksellisuus julkishallinnon järjestämisessä. Lakimies 2012/7-8. s. 1149 – 1168. Vammalan kirjapaino Oy. Sastamala 2012.

Rasinmäki, Jorma: Yksityistäminen kunnallishallinnossa. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1997.

Ryynänen Aimo: Kunnat valtion valvonnassa. Kunnallissalan kehittämissäätiön tutkimusjulkaisut, nro 44. Vammalan Kirjapaino Oy. Vammala 2004.

Siikavirta, Kristian: Julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyön rajat. Teoksessa *Julista – yksityistä; millaisissa rakenteissa?* Universitas Wasaensis. Vaasa 2012.

Suviranta, Outi: Hoitotakuu ja viivästys terveystenhuollon järjestämisessä. Lakimies 7-8/2006. s. 1252 - 1264. Vammalan kirjapaino Oy. Sastamala 2006.

Tarukannel, Veijo: Muoto on sisältöä – Mielenterveyslain tarkoittaman m I- lähetteen laatimiseen liittyvän julkisen vallan käytön tarkastelua kolmen tuomioistuinpäätöksen varassa. Teoksessa *Julista – yksityistä; millaisissa rakenteissa?* Universitas Wasaensis. Vaasa 2012.

Terveystenhuollon menot ja rahoitus 2011: Toimittanut Matveinen, Petri – Knape, Nina. Terveysten ja hyvinvoinnin laitos. Helsinki 2013.

Tiitinen, Kari-Pekka – Kröger, Tarja: Työsopimusoikeus. Talentum. Helsinki 2012.

Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi. WSOY. Vantaa 2000.

Tuori, Kaarlo: Sosiaalioikeus. WSOY. Porvoo 2004.

Uotinen, Sami: Palveluseteli. Gummerus Kirjapaino 2009.

Virallislähteet

Eoak 488/2000

Eoak 711/2009

HE 201/1989

HE 309/1993

HE 1/1998

HE 196/2002

HE 335/2010

HE 199/2013

PeVM 25/1994

PeVM 10/1998

PuVM 1/2007

TrVM 5/2010

Säädökset

Asetus terveydenhuollon ammattihenkilöstä (564/1994)

Erikoissairaanhoitolaki (1062/1989)

Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirja (SopS 66/1991)

Hallintolainkäyttölaki (586/1996)

Hallintolaki (434/2003)

Hallintomenettelylaki (598/1982)

Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 7-8/1976)

Kansanterveyslaki (66/1972)

Kuluttajansuojalaki (38/1978)

Kuntalaki (365/1995)

Laki kehitysvammaisten erityishuollosta (519/1977)

Laki kunnallisesta viranhaltijasta (304/2003)

Laki potilaan asemasta ja oikeuksista (758/1992)

Laki sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista (812/2000)

Laki sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta (733/1992)
Laki terveydenhuollon ammattihenkilöistä (559/1994)
Mielenterveyslaki (1116/1990)
Päihdehuoltolaki (41/1986)
Rikoslaki (39/1889)
Suomen perustuslaki (731/1999)
Sosiaalihuoltolaki (710/1982)
Tartuntatautilaki (583/86)
Terveydenhuoltolaki (1326/2010)
TSS-oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 6/1976)
Työsopimuslaki (55/2001)
Valtion virkamieslaki (750/1994)
Yhdistyneiden kansakuntien peruskirja (SopS 1/1956)

Oikeustapaukset

KHO:2012:75
KHO:2012:63
KKO:2008:78
Helsingin HAO 19.7.2013 taltio 13/0574/2
Kuopion HAO 18.1.2013 taltio 13/0016/7
Kuopion HAO 16.6.2010 taltio 10/0358/7

Lyhenteet

EU	= Euroopan unioni
EIS	= Euroopan ihmisoikeussopimus
EIT	= Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
Eoak	= Eduskunnan oikeusasiamiehen kannanotto
EY	= Euroopan yhteisö
HAO	= Hallinto-oikeus
HE	= Hallituksen esitys
KHO	= Korkein hallinto-oikeus
KKO	= Korkein oikeus

KP-sopimus	= Kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskeva yleissopimus
LL	= Lääketieteen lisensiaatti
PL	= Perustuslaki
PeVM	= Eduskunnan perustuslakivaliokunnan mietintö
PuVM	= Eduskunnan perustuslakivaliokunnan mietintö
RL	= Rikoslaki
TrVM	= Eduskunnan tarkastusvaliokunnan mietintö
OECD-maat	= Organisation for Economic Cooperation and Development -maat
SopS	= Suomen säädöskokoelman sopimussarja
STVOL	= Laki sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta
TSS-oikeudet	= Taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien
YK	= Yhdistyneet kansakunnat

1. Johdanto

1.1. Terveysthuollon tilanne Suomessa

Perusterveysthuollon menot, 3,2 miljardia euroa, kasvoivat vuonna 2011 reaalisesti 7,3 %:a edellisvuoteen verrattuna. Tämä luku ei sisällä työterveys- ja hammasthuoltoja eikä opiskeluterveydenhuoltoja. Samalla pitkään jatkunut kasvu perusterveysthuollon ostopalveluissa yksityisiltä palveluntuottajilta pysähtyi.¹ Valtion tarkastusvaliokunnan mietinnössä² esittelemien asiantuntija-arvioiden mukaan vuokralääkärin osto on 30 – 50 %:a kunnan virkasuhteista toimintaa kalliimpaa. Samaisten asiantuntija-arvioiden mukaan kalleimmillaan vuokralääkäri saattaa maksaa etenkin lyhytaikaisissa hätätyötapaauksissa jopa 1 400 euroa / päivä tai 16 000 euroa / kuukausi.

Organisation for Economic Cooperation and Development- eli OECD-maista julkaistaan vuosittain terveydenhuoltoon liittyviä taloustietoja.³ Näistä käy ilmi, että verrattuna muihin pohjoismaihin Suomen terveydenhuollon menot suhteessa kansantuotteeseen eivät ole poikkeuksellisen suuret. Vuoden 2010 tilastoista käy myös esille, että mikäli Suomi olisi käyttänyt terveydenhuollon menoihin saman verran suhteessa kansantuotteeseen kuin Ruotsi, olisivat kulut olleet 0,9 miljardia euroa toteutunutta suuremmat. Myös muiden pohjoismaiden menot olivat Suomeen verrattuna suuremmat kansantuotteeseen suhteutettuna.

Syitä Suomen muuttuneelle terveydenhuollon toimintaympäristölle on useita. Esimerkiksi Euroopan unionin (EU) vapaa työvoiman liikkuvuus on tuonut uusia toimijoita alalle. Lisäksi Suomen ikärakenne ja maantieteellisesti epätasainen väestön jakautumien on lisännyt Suomessa lyhytaikaisten työsuhteiden ja vuokratyösuhteiden määrää. Havaittavissa on myös ollut trendi julkisista yksityisiin palvelussuhteisiin siirtymisestä eli yksityiset palveluntuottajat ovat vallanneet terveydenhuollon toimintaa julkiselta sektorilta. Seitsemässä terveyskeskuksessa koko lääkärityövoimasta vastaa yritys. Lisäksi lääkäripula on yleistä

¹ Terveysthuollon menot ja rahoitus. THL 2013 tilastoraportti. s.3.

² TrVM 5/2010

³ OECD Health Data 2013 - Version - 27 Kesäkuu 2013.

eripuolilla Suomea. Lääkäriliiton julkaiseman tiedotteen mukaan terveyskeskusten lääkäritilanne 2.10.2013 oli sellainen, ettei 59,3 %:lla terveyskeskuksista ollut vajetta ollenkaan. Vastaavasti 8,6 %:a ilmoitti lääkärivajeen olevan 20 %:a tai enemmän. Pahin tilanne on Kainuussa, Vaasassa, Etelä-Karjalassa ja Etelä-Pohjanmaalla, joissa kaikissa vaje on enemmän kuin 13 %:a lääkärintehtävistä.⁴

Lääkärin työn uusien muotojen myötä on tullut esille huoli terveydenhuoltoon liittyvän toiminnan oikeudellisista rajoista ja oikeuksien toteutumisesta. Eduskunnan apulaisoikeusasiamies totesi päätöksessään⁵ 4.3.2010, että lääkärin julkisen vallan käytössä on puutteita siinä määrin, että käytännössä lääkärin toimet voivat muodostua lainvastaisiksi. Apulaisoikeusasiamiehen päätöksen mukaan sosiaali- ja terveysministeriön olisi tullut ryhtyä toimenpiteisiin asian ratkaisemiseksi jo aiemmin. Kyseistä päätöstä tukee muun muassa Kuopion hallinto-oikeuden ratkaisu (Kuopion HAO 16.6.2010 00678/10/6202). Kyseisessä ratkaisussa hallinto-oikeus katsoi, että julkista valtaa käyttäneen lääkärin toimet ylittivät kyseisen lääkärin toimivallan rajat, koska lääkäri ei ollut virkasuhteessa kaupunkiin.

Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT) on ottanut kantaa Suomen tilanteeseen päätöksen X v. Suomi (34806/04) yhteydessä, joka on annettu 3.7.2012. EIT on muun muassa todennut, ettei Suomen kansallinen lainsäädäntö toteuta tietyiltä osin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 5 artiklan ”Oikeus vapauteen ja turvallisuuteen” 1 kappaleen e kohdan mukaisia vaatimuksia. Kyseinen kohta käsittelee jokaisen oikeutta vapauteen ja turvallisuuteen ja etenkin sitä, että keneltäkään ei saa riistää vapautta, muissa kuin erikseen mainituissa tapauksissa ja silloinkin lain määräämässä järjestyksessä. Kyseisessä kohdassa säännellään tilanteesta, jossa: ”henkilöltä riistetään vapaus lain nojalla tartuntataudin leviämisen estämiseksi tai hänen heikon mielenterveytensä, alkoholisminsa, huumeidenkäyttönsä tai irtolaisuutensa vuoksi”. EIT:n suuren jaoston lautakunta hylkäsi asiaa koskevan siirtopyynnön ja näin ratkaisu tuli lopulliseksi. Lisäksi EIT:lla oli huomautettavaa Suomen lainsäädännöstä eikä se nähnyt lainsäädännön olevan linjassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) kanssa, toisin kuin korkein hallinto-oikeus (KHO) ratkaisussaan (KHO:2012:75) totesi, ja näin Suomen valtion oli ryhdyttävä toimiin lainsäädännön muutosten aikaansaattamiseksi mahdollisimman nopeassa aikataulussa.

⁴ Tiedote nähtävissä internetissä:

http://www.laakariliitto.fi/site/assets/files/1268/2013_tk_laakaritilanne_tiedotus.pdf, viitattu 24.3.2014 klo 17.00.

⁵ Eoak dnro 711/2/09

Lääkärien roolin sääntelyperustaan liittyvät muutokset ovat muodostuneet merkittäväksi kysymykseksi vuokralääkärimallin kehityksen myötä. Vuokralääkäriys on noussut vaihtoehdoksi pitkäaikaisempien työsuhteiden rinnalle, ja sen myötä lääkäreiden nopea ja helppo liikkuvuus on paikoittain parantanutkin merkittävästi ja pitkäkestoisesta lääkäripulasta kärsivien terveyskeskuksien toimintaa. Samalla esiin on noussut kysymys lääkäripalvelujen, lääkäreiden ja lääkäritoiminnan julkisen vallan käytön rajoista. Lisäksi sekä poliittisessa että oikeudellisessa keskustelussa on herännyt kysymys lääkärin toimissaan käyttämästään julkisen vallan rajoista. Rajanvedon ongelmat ovat liittyneet lääkärin työn sisältämien julkisen vallan käytön tehtävien määrittelyyn ja sitä kautta myös laajempaan oikeudelliseen ongelmaan julkisen hallintotehtävän määrittämisestä. Ongelma on korostunut etenkin tilanteissa, joissa esimerkiksi mielenterveyslainsäädännön, päihteidenhuoltolainsäädännön ja tartuntatautilainsäädännön julkista vallan käyttöä sisältävät säännökset vaativat lääkäriltä virkaan perustuvaa toimivaltaa eikä terveydenhuoltoon hakeutunut itse ymmärrä joko mielentilansa tai tapahtuman yllättävyyden vuoksi parasta etuaan tai sitä, että hän voisi olla vaaraksi itselleen tai muille. Tällöin yksityisen sektorin toimijat eivät voi toimivallan puutteen suorittaa lääkärin velvollisuuksiaan. Ja mitä enemmän perusterveydenhuollossa siirrytään yksityistettyihin palveluihin, sitä vähemmän kunnissa on jäljellä henkilökuntaa, jotka kyseisissä tilanteissa voivat toimivaltaisesti toimia.

1.2. Tutkimuskysymykset, tutkimusmetodi ja lähdeaineisto

Tutkielmassani on tarkoitus selvittää julkisen vallan roolia lääkärin tehtävissä. Selvitys toteutetaan tutkimalla aiheeseen liittyvää oikeuskäytäntöä ja ajantasaista lainsäädäntöä sekä sitä koskevia uudistuksia. Lainsäädännön avulla pyritään selvittämään hallinnon lainalaisuuden periaatteen merkitystä sekä sen soveltuvuutta terveydenhuollon kehityksestä aiheutuneessa tilanteessa. Kyseisistä muutoksista keskeisimmät koskevat terveydenhuollon laajentunutta kilpailuttamista yksityisten ja julkisten palveluntarjoajien välillä ja siihen liittyviä rahoituskanavia.

Eräänä tutkielman tavoitteena on selvittää yksityistämisen ongelmaa työsuhteessa työskentelevän lääkärin työtehtävien ja niissä käytettävän julkisen vallan käytön kannalta. Nykyisellään kysymykseen voi tulla erikoinen tilanne, jossa vuokralääkäri on estynyt

toimimaan ammattitaitonsa ja ammattietiikkansa mukaisesti työsuhteen ja virkasuhteen toimivallan välisistä eroista johtuen. Tällöin potilaan noudattaessa virallisia oikeusturvakeinoja voi vastaan tulla tilanne, jossa tuomioistuin ottaa kantaa tilanteisiin, jossa lääkäri on toiminut lääkärin tehtävässään oppiensa mukaisesti oikein, mutta julkisen vallan käytön kannalta joko väärässä järjestyksessä tai menetellen väärin.

Tutkielma pyrkii vastaamaan kysymykseen: ”Kuinka lääkärin tulee ottaa huomioon julkisen vallan käyttöä koskeva lainsäädäntö omassa työssään etenkin mielenterveyden hoitoon liittyvissä tapauksissa?” Pääkysymyksen lisäksi tutkielman apukysymyksiä ovat: ”Miten julkisen vallan käyttö on otettu huomioon kuntien terveydenhuollon järjestämisvastuuta toteutettaessa ja minkälaisia käytännön ongelmia tilanteesta on aiheutunut?”

Tutkielman oikeudellinen ydin on lähtökohtaisesti valtiosääntöoikeudellinen. Ytimen tavoitteena on selvittää erityisesti perustuslain (731/1999) 124 § asettamia reunaehtoja julkisen vallan käyttämiselle. Tämän ohella tavoitteena on myös selvittää, millä ehdoin julkisen vallan käyttöä sisältäviä terveydenhuollon tehtäviä voidaan antaa ja annetaan viranomaiskoneiston ulkopuolelle. Ongelmaa tarkastellaan myös yleisesti lääkintäoikeudellisesta näkökulmasta konkreettisten oikeustapausten kautta tapausten aineellista sisältöä havainnollistamiseksi. Tavoitteena ei kuitenkaan ole luoda listaa terveydenhuollon julkista vallan käyttöä sisältävistä tehtävistä, sillä tällainen lista ei olisi suomalaisen lainkäytön kannalta tarkoituksenmukainen.

Terveydenhuoltoon ja terveydenhuollon ammattihenkilöiden toimintaan sekä potilaan asemaan ja oikeuksiin kohdistuvaa sääntelyä voidaan tarkastella esimerkiksi sosiaalioikeuden tai lääkintäoikeuden alan osana, mutta perinteisesti sitä on tarkasteltu osana hallinto-oikeutta. Etenkin julkisen vallan velvoitteet, hallinnon rakenteet sekä valvontaviranomaisten toiminta liittyvät sisällöiltään hallinto-oikeuteen. Tarkastelussa täytyy kuitenkin ottaa huomioon myös rikosoikeudellinen näkökulma sekä vahingonkorvausoikeudelliset näkökulmat.

Pääasiallinen metodi on lainoppi eli oikeusdogmatiikka. Kyseisen metodin pääasiallisena tavoitteena on selvittää, kuinka asetetun ongelman aktualisoituessa tulee voimassaolevan lainsäädännön mukaan toimia. Kysymyksessä on tällöin lainsäädännön tulkinta.⁶

⁶ Husa – Mutanen – Pohjalainen 2001, s. 13.

Lainsäädännön tulkinnan apuna tutkielmassa käytetään oikeuskirjallisuutta, joista merkittäviä ovat etenkin *Marietta Keravuori-Rusasen* väitöskirja 'Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä'⁷ sekä *Jaakko Husan* Lakimies -lehdessä julkaistu oikeustapauskommentti 'Keikkalääkäri ja julkisen vallan käyttö'⁸.

1.3. Tutkielman rakenne

Tutkielma on jaettu viiteen pääluukuun. Pääluvuista ensimmäisen muodostaa johdanto, jossa taustoitetaan tutkielmassa käsiteltävää ongelmaa ja esitetään sekä tutkimuskysymykset että tavoite tutkielmalle. Johdannossa esitellään julkisen vallan käytön muotoutumista suomalaisessa oikeusjärestyksessä. Lisäksi johdannossa määritellään tutkielman kannalta keskeisiä käsitteitä.

Tutkielman toisen luvun päätavoite on kuvata sekä lääkärin toimintaympäristöä oikeuksineen ja velvolluuksineen että lääkärin ammatin harjoittamisen organisatoriset perusteet. Tällä pyritään ensinnäkin esittelemään lääkärin ammatin ristiriitaisia eettisiä ja oikeudellisia lähtökohtia ammatin harjoittamiseen esimerkiksi akuuteissa pakkohoitoon liittyvissä tilanteissa ja toiseksi selvittämään lääkärin toimen organisatorisesta järjestämisestä aiheutuvia ongelmia ammatinharjoittamisen kannalta. Kyseisessä pääluvussa erotellaan myös lääkärin palvelussuhteen eri lajeja. Tämän tarkoituksena on tuoda esille lääkärin palvelusuhdekentän moninaisuutta.

Kolmannessa pääluvussa esitellään seikkaperäisesti lääkärin työhön liittyviä julkisen vallan käytön muotoja. Erityisesti huomiota kiinnitetään mielenterveyslakiin (1116/1990). Kappaleessa käydään läpi eduskunnanoikeusasiamiehen kannanottoa tilanteeseen ja eritellään yksityistämisen tuomia ongelmia lääkärin ammatin harjoittamisen kannalta.

Neljännessä pääluvussa keskitytään esittelemään aiheeseen liittyviä ongelmia käytännön oikeustapausten kautta. Kyseisessä pääluvussa pyritään erottelemaan ja käsittelemään lääkärin työssä kohtaaman julkisen vallan käytön aineellista osaa. Tilanne on siinä mielessä monimutkainen, että lääkärin julkisen vallan käytön arviointi on tapauskohtaista, joten suurien linjojen määrittely on haastavaa.

⁷ Keravuori-Rusanen 2008.

⁸ Husa 2012.

Viimeisessä pääluvussa esitetään kokoavia näkökohtia tutkielman ydinkysymyksistä. Lisäksi kappaleessa esitellään lyhyesti tulevaisuuden näkymiä terveydenhuollon oikeudellisissa ja poliittisissa rakenteissa.

1.4. Julkisen vallan käyttö

1.4.1. Valtio ja julkisen vallan käyttö

Valtio-ajatuksen perusideana on, että valtio on hallintoalue, jossa valtaa käyttää hallintoelin. Klassisesti valtion elementteinä on pidetty muun muassa omaa rahaa, rajoja ja omaa kansalliskulttuuria. Jo antiikin Kreikassa muun muassa filosofit kuten Platon ja Aristoteles pohtivat valtion käsitystä ja tunsivat käsitteen *politeia*. Vaikka nykysäilyksen mukaista valtiota ei vielä vuosisatoihin käytännössä esiintynytäkään, voidaan valtiosäännön esiaste eli perustuslakiajattelu nähdä muodostuneen keskiajalla. Esimerkiksi Englannin Magna Charta Libertatum (1215) ja Constitutio Criminalis Carolina (1532) ovat tunnettuja esiteoksia nykyisille perustuslaeille.

Valtion käsite liittyy läheisesti suvereenisuuden eli täysivaltaisuuden käsitteeseen. *Antero Jyränki* pitää suvereenisuutta eräänä kansainvälisen oikeuden perustavimmanlaatuista käsitteistä, mutta samalla myös eräänä kiistellyimmistä käsitteistä.⁹ Käsitteen ristiriitaisuus johtuu muun muassa siitä, että sen synnyinajalle ominaiset historialliset piirteet eivät ole olleet voimassa pitkään aikaan. Suvereenisuuden voidaan katsoa syntyneen 1500-luvun Ranskassa, jolloin se luotiin kuvaamaan ruhtinasabsolutismia. Silloinen käsite sisälsi kaksiosaisen vaateen¹⁰:

1. kuningaskunnassa kaikki ovat kuninkaan välittömän käskyvallan alaisia, ja
2. kuningas itse ei ole minkään ulkopuolisen käskyvallan alainen.

Valtion oikeusjärjestelmän ja rikollisen organisaation sääntöjen välinen ero on *Hans Kelsenin* mukaan se, että valtio ja oikeus pyrkivät luomaan kaikille oikeudenmukaisen

⁹ Jyränki 1994, s. 39.

¹⁰ Jyränki 1994, s. 39.

pakkojärjestyksen.¹¹ Kelsenin mukaan oikeus on jo määritelmänsä mukaan pakkojärjestys. Ilman tällaista pakkojärjestystä ei oikeutta pystyttäisi erottamaan muusta yhteiskuntajärjestyksestä. Lisäksi pakkoon perustava järjestys on itsessään oikeudeksi kutsuttujen yhteiskuntajärjestyksien luonteenomainen piirre. Tämä piirre on myös yhdistävä tekijä valtion ja oikeuden välillä eli toisin sanoen yhdistävä tekijä kahden toisistaan erillisen sentralisoidun pakkojärjestelmän välillä.¹² Tämä taas johtaa siihen, että valtio ja oikeusjärjestys ovat lähes identtisiä keskenään, mutta ne vain ilmentävät samaa ydintä eri tavoin. Myös julkisen vallan käyttö on valtiovallan ilmenemismuoto, joka on sidottu lainsäädäntöön. Jotta terveydenhuollon järjestelmä vastaa luonteeltaan oikeusjärjestystä eikä oikeudetonta järjestystä, täytyy terveydenhuollon eri organisaatiotasolla huolehtia siitä, että toimijat sekä järjestämisen että toimeenpanon aloilla toteuttavat ja noudattavat Suomen lainsäädäntöä.

Jyränki on erottanut toisistaan kaksi erilaista käsitystä perustuslakikehityksen muodostumiselle. Ensimmäisen teorian mukaan perustuslakiajattelu on lähtenyt siitä, että hallitsijan vallankäytön oikeutus on palautettavissa hallitsijan ja alaisen väliseen sopimukseen. Tämä sopimus, silloin kun se on kirjoitettu, on itsessään eräänlainen perustuslaki.¹³ Toisen teorian perusidea perustuu ajatukseen oikeutta ylemmästä oikeudesta, joka kumpuaa esimerkiksi joko jumalasta tai luonnonoikeudesta ja joka sisältää elementin siitä ettei sitä voi syrjäyttää positiivisen oikeuden säännöksiin. Tämäkin johti yhteiskuntasopimusdoktriiniin.¹⁴

Edellä mainituista voidaan johtaa valtiosäännön syntyminen siten, että valta ja vallankäyttö ovat aina perustuneet erilaisiin sopimuksiin. Olipa sitten kysymys talonpojan ja hallitsijan tai kunnan ja terveystalouden välisistä sopimuksista, valta tehdä sopimus on aina ollut lähtökohtaisesti molemmilla sopimusosapuolilla, joskin valtasuhteet ovat vaihdelleet. Tälläkin hetkellä valta Suomessa kuuluu kansalle, joka mandaatilla valtuuttaa eduskunnan käyttämään kyseistä valtaa, ja hallitus sekä osaltaan EU ovat sopimussuhtein hallitsemassa tätä annettua vallan käyttöä.

¹¹ Kelsen 1968, s. 55.

¹² Kelsen 1968, s. 60.

¹³ Husa-Pohjolainen 2008, s. 50.

¹⁴ Husa-Pohjolainen 2008, s. 51.

Suomen valtiosääntödoktriini perustuu sekä oikeusvaltio- että demokratiaperiaatteeseen, joiden mukaisesti julkisen vallan käytön on perustuttava lähtökohtaisesti valtion omien toimielinten toimintaan tai näiden ohjaukseen. Keskeisenä toimijana voidaan pitää eduskuntaa lainsäätäjän roolissa ja eduskuntalakeja yleisimpänä julkisen vallan käytön valtuutusmuotona. Julkisella vallalla ei ole tyhjentävää legaalimääritelmää ja sillä voidaan ymmärtää joko laajasti yhteiskuntajärjestyksestä huolehtivaa subjektia tai vaihtoehtoisesti sen toimintaa.¹⁵ Keskeisessä roolissa ovatkin perustuslain 2 §:n 3 momentin ja 80 §:n mukaisesti yksityisen oikeuspiiriä koskevien lakien antamiseen liittyvä oikeusvaltiollinen lakivaraus.¹⁶

1.4.2. Perus- ja ihmisoikeudet

Valtio, joka ratifioi kansainvälisen ihmisoikeussopimuksen, sitoutuu noudattamaan kyseistä sopimusta hallintovaltansa alueella. Valtion sitoessa itsensä sopimukseen, luo valtio yksilöille oikeuksia. Ihmisoikeuksilla viitataan kansainvälisiin sopimuksiin perustuviin jakamattomiin oikeuksiin. Suomessa on omaksuttu niin sanottu dualistinen malli, jossa kansallinen ja kansainvälinen oikeus ovat sinällään erillisiä järjestelmiä, joskin kansainväliset sopimukset pyritään sisäistämään kansalliseen perusoikeusjärjestelmään kansainvälisen sopimuksen mukaisesti.

Ihmisoikeuksille on tyypillistä niiden universaalius, syrjimättömyys ja luovuttamattomuus. Luovuttamattomuus tarkoittaa tässä tapauksessa sitä, että ihmisoikeudet on pystyttävä takaamaan mahdollisuuksien mukaisesti myös poikkeustilanteissa eikä ihmisoikeuksia voi ottaa pois rangaistusmielessä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että kaikille voitaisiin aina taata täsmälleen sama kohtelu, vaan ennemminkin käänteisesti sitä, ettei ketään saa mielivaltaisesti kohdella epätasa-arvoisesti. Eräs klassinen määritelmä on, että ihmisiä on kohdeltava 'samanlaisissa asioissa yhtenäisesti ja erilaisissa asioissa eritavoin'.¹⁷

Taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien eli TSS-oikeuksien perusta löytyy myös Yhdistyneiden kansakuntien (YK) peruskirjasta (SopS 1/1956) sekä kansainvälisestä yleissopimuksesta (SopS 6/1976). Viimeksi mainitun sopimuksen artiklassa 12 turvataan jokaiselle oikeus nauttia ruumiin- ja mielenterveydestä. Kansainvälisistä oikeuslähteistä

¹⁵ Keravuori-Rusanen. 2008, s. 100.

¹⁶ Keravuori-Rusanen 2008, s. 148 - 149.

¹⁷ Alexy 2004, s. 262 – 263.

menettelyn kannalta merkityksellinen on myös kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 7-8/1976) ja etenkin sen artikla 1. Artiklan mukaan jokaisella on oikeus vapauteen ja henkilökohtaiseen turvallisuuteen. Lisäksi kyseinen artikla sisältää kiellon mielivaltaista pidätystä tai vangitsemista vastaan. Vapaudenriisto on mahdollista ainoastaan laissa säädetyin perustein laissa säädetyssä järjestyksessä. Mikäli tätä vastaan rikotaan, määritetään yleissopimuksen 9 artiklan 4 kappaleessa vapaudenriistetyn oikeus saattaa vapaudenriiston laillisuus tuomioistuimessa tutkittavaksi. Vapautensa laittomaksi todetussa menettelyssä menettänyt on myös välittömästi vapautettava. Samalla tavoin asia on ilmaistu Suomessa lakina olevan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 5 artiklan kappaleissa 1 ja 4.

EU:n perusoikeuskirjan 35 artiklan mukaan:

”Jokaisella on oikeus saada ehkäisevää terveydenhoitoa ja lääkinnällistä hoitoa kansallisen lainsäädännön ja kansallisten käytäntöjen mukaisin edellytyksin. Ihmisen terveyden korkeatasoinen suojelu varmistetaan kaikkien unionin politiikkojen ja toimintojen määrittelyssä ja toteuttamisessa.”

Esimerkkejä lääkärien työhön liittyvistä asetuksista ovat muun muassa sosiaaliturvajärjestelmien yhteensovittaminen (883/2004/EY), sosiaaliturvajärjestelmien yhteensovittamisen muuttamisesta annettu asetus (988/2009/EY), ammattipätevyysien tunnustamisesta annettu direktiivi (2005/36/EY) sekä direktiivi potilaiden oikeuksien soveltamisesta rajat ylittävässä terveydenhuollossa (2011/24/EU).

1.4.3. Perustuslaki

Julkisen vallan käyttöä käsittelevistä normeista merkittävän normikokonaisuuden muodostavat perustuslain useasta eri pykälästä muodostuva normikokonaisuus. *Veijo Tarukannel* määrittää kyseiseen normikokonaisuuteen merkittäviksi ainakin pykälät 1 - 3, 118 - 119, 124 ja kokonaisuudessaan luvut 2, 9 ja 10.¹⁸ Tarukannel kuvailee kokonaisuutta

¹⁸ Tarukannel 2012, s. 509.

rakenteeltaan laajaksi ja toteaa, ettei yhtä yksittäistä kohtaa ”oikein voida hedelmällisesti tarkastella irrallaan tuosta kokonaisuudesta.”¹⁹

Perustuslain ensimmäinen luku sisältää säännökset valtiojärjestyksen perusteista. Tällaisia ovat muun muassa kansainvaltaisuus ja oikeusvaltioperiaate. Luvun 3 §:ssä säännellään valtiollisten tehtävien jaosta ja parlamentarismista.

Oikeudesta elämään sekä henkilökohtaisesta vapaudesta ja koskemattomuudesta säännellään perustuslain 7 §:ssä. Kyseisen §:n 3 momentin mukaan henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ei saa puuttua eikä vapautta saa riistää mielivaltaisesti ilman laissa säädettyä perustetta. Vapaudenmenetyksen laillisuus voidaan saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi ja vapautensa menettäneen oikeudet turvataan lailla.

Silloin kun perusoikeuksia rajoitetaan, on perustuslakivaliokunta ottanut käyttöön perusoikeuksien rajoittamisen hyväksyttävyydelle asetetun seitsemänkohtaisen testin. Sen mukaan:

- 1) rajoituksista on säädettävä lailla,
- 2) lain on oltava täsmällinen ja tarkkarajainen,
- 3) rajoittamiselle on oltava hyväksyttävät perusteet,
- 4) sen on oltava suhteellisuusperiaatteen mukainen,
- 5) se ei saa loukata perusoikeuksien ydintä,
- 6) oikeussuojakeinojen pitää olla riittävät, ja
- 7) sen on oltava sopusoinnussa Suomen ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa.²⁰

Jotta testistä saataisiin paras hyöty esille, voisi lainsäätötilanteissa johdonmukaisemmin viitata kyseisen testin aiheuttamiin päätelmiin. Kysymykseen voisi tulla myös kokonaisharkinta ja periaatepunninta *Robert Alexyn* tapaan. Alexy on osoittanut, että periaatepunninta voi olla oikeudellisesti kontrolloitua ja ennakoitavaa.²¹

¹⁹ Tarukannel 2012, s. 509.

²⁰ PeVM 25/1994 vp.

²¹ Esimerkiksi Alexy, *Constitutional rights and legal systems* 2004.

Oikeutta sosiaaliturvaan käsittelevän perustuslain 19 § 3 momentin mukaan julkisen vallan on turvattava jokaiselle yhdenvertaisesti riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut sen mukaan kuin lailla tarkemmin säädetään. Lisäksi on edistettävä väestön terveyttä.

Perustuslain 21 §:n 1 momentin mukaan jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa toimivaltaisessa viranomaisessa. Sen lisäksi jokaisella on oikeus saada velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi. PL 21§:n 2 momentin mukaan käsittelyn julkisuus, oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta sekä muut hyvän hallinnon takeet turvataan lailla. Lisäksi perustuslain 22 §:n mukaan julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen.

Perustuslain 106 §:n mukaan lain säännöksen ollessa ilmeisessä ristiriidassa perustuslain säännöksen kanssa, tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle. Säännöksestä huolimatta Suomea sitoo Euroopan Unionin norminantovalta. Lisäksi perustuslakivaliokunta totesi säädöstä koskevassa mietinnössään tuomioistuimen roolista sen, että tuomioistuimen ei tule toiminnassaan tutkia ja valvoa yleisesti lakien perustuslainmukaisuutta, vaan valita perusteltavissa olevista lain säännöksen tulkintavaihtoehdoista parhaiten perustuslain kanssa sopusoinnussa oleva vaihtoehto.²² Tätä toimintatapaa kutsutaan perustuslainmukaisen laintulkinnan periaatteeksi.

2000-luvun perustuslakiuudistuksen tavoitteena oli pitää perustuslain käsitteet itsenäisinä suhteessa muun lainsäädännön käsitteisiin. Hallituksen esityksen perusteluista käy ilmi, että perustuslain luonteeseen ei katsottu soveltuvan suorat viittaukset tavallisiin lakeihin. Samalla kun lakiviittaus rajoittaa eduskunnan valtaa delegoida lainsäädäntövaltaa alemmalle säädöstasolle, se toisaalta estää norminantajan oikeuden antaa alemmanasteista normia.²³

Julkisen vallan käytön kannalta tämä lähtökohta luo ongelman. Kun julkisen vallan käyttö täytyy nimenomaisesti rajata lakiviittauksin, voi tällaisen perustuslain lakirajauslähtökohta luoda tulkintaongelman. Perustuslain lakiviittauksia voidaankin käyttää ainakin neljään tarkoitukseen:

²² PeVM 10/1998.

²³ Husa-Pohjolainen 2008, s. 61.

1. asian pidättämiseen lain alaan (esimerkiksi PL 6.3 §)
2. lainsäätäjän toimivallan rajoittamiseen (esimerkiksi PL 10.3 §)
3. lainsäätäjälle osoitettuun valtuutukseen (esimerkiksi PL 12.1 §), tai
4. perustuslailliseen toimeksiantoon (esimerkiksi PL 19.2 §)²⁴

Perustuslain 124 § mukaan julkinen hallintotehtävä voidaan antaa ”muulle kuin viranomaiselle lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan antaa vain viranomaiselle.” Julkisten hallintotehtävien yksityistämistä koskevien periaatteiden vahvistamisessa Suomen perustuslakia voidaan pitää edelläkävijänä. Suomen perustuslain 124 § sekä ohjaa että rajoittaa julkisen tehtävän antamista viranomaiskoneiston ulkopuoliselle toimijalle. Useimmissa oikeuskulttuureissa yksityistämisen on koettu kuuluvan enemminkin hallinto-oikeuden kuin valtiosääntöoikeuden alaan kuuluvaksi.²⁵

1.4.4. Julkinen vallan käyttö ja julkinen hallintotehtävä

Tutkimusaiheen kannalta on eroteltava toisistaan käsitteet julkinen hallintotehtävä, julkisen vallan käyttö ja merkittävä julkisen vallan käyttö, sekä pohdittava niiden sisältöä lääkärin ammatin kannalta. Hallinnon lainalaisuuden periaate on kirjattu PL 2.3 §:ään, kun taas julkisen hallintotehtävän antaminen muulle kuin viranomaiselle on säännelty PL 124 §:ssä, jossa toisaalta rajataan merkittävän julkisen vallan käyttö ainoastaan viranomaisille. Määritelmät julkisen vallan käytöstä, merkittävästä julkisen vallan käytöstä sekä julkisen hallintotehtävän hoitamisesta tulevat esille tilanteissa, joissa julkisessa laitoksessa työskentelevä lääkäri ei ole virkasuhteessa vaan työsuhteessa. Lisäksi määritelmillä on merkitystä tilanteissa, joissa ostopalveluina hankitut palvelut sisältävät julkista vallan käyttöä, eivätkä kyseisten palvelujen järjestäjät ole julkisoikeudellisessa palvelussuhteessa.

Julkisella hallintotehtävällä tarkoitetaan perustuslain 124 §: n esitöiden mukaan laajaa hallinnollisten tehtävien kokonaisuutta, johon kuuluvat tehtävät koskevat esimerkiksi lakien toimeenpanoa sekä yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen oikeuksia, etuja ja velvollisuuksia.²⁶

²⁴ Husa-Pohjolainen 2008, s. 61.

²⁵ Keravuori-Rusanen 2008, s. 485.

²⁶ HE 1/1998 vp, s.179.

Määritelmästä voidaan päätellä käänteisesti, että kysymyksessä on tehtävät, jotka eivät sisällä lainkäyttöpäätösten antamista tai oikeusnormien asettamista.²⁷ Aiemmassa oikeuskirjallisuudessa julkisen hallintotehtävän käsitteen voidaan katsoa olevan yhtenevä käsitteiden ”hallintotehtävä” ja ”julkinen tehtävä” kanssa. Näistä käsitteistä käsitteellä ”hallintotehtävän” on yleisesti ymmärretty sisällöltään merkitsevän valtiovallan kolmijako-opin mukaista toimeenpanovallan käyttämistä ja termin ”julkinen tehtävä” on taas katsottu viittaavan julkiselle vallalle yleisesti kuuluvia tehtäviä.²⁸

Eräs julkisten hallintotehtävien tulkinnanvarainen määritelmä on niiden jaottelu ydinalueeseen ja raja-alueeseen. Tällöin ydinalueeseen voidaan katsoa kuuluvan perinteiset hallinnolliset toimeenpanotehtävät, kuten hallintopäätökset sekä yksityisiin kohdistuvan määräys- ja käskyvallan käyttäminen. Raja-alueen puolestaan voidaan katsoa sisältävän julkisten palvelujen järjestämisen. Näin olisi esimerkiksi silloin, kun kysymys on palvelun järjestämisestä, jolla on lakisääteinen ja viranomaisen tehtäviin liittyvä perusta.²⁹

1.4.5. Näkökohtia julkisen vallan käytöstä

Kaarlo Tuori pohtii oikeusvaltion ongelmaa Habermasin ajatuksia mukaillen: Habermasin mukainen ydinongelma oikeusvaltiossa on se, että kuinka positiivisen oikeuden valta voidaan pitää hallitusti aisoissa. Kun positiivinen oikeus voi itsessään tarvita fyysisiä pakkokeinoja toteutuakseen, niin kuinka voidaan varmistaa tämän fyysisen pakkovallankäytön instrumentoinnin pysymisen uskollisena säädöstekstilleen ja toteuttavan vain säädöksen sisältöä.³⁰ Sama huoli on nähtävissä myös *Ronald Dworkinin* teoksissa.

Julkisen vallan käytön oikeutus perustuu siihen, että sen säännösperustan ja hierarkian täytyy olla johdonmukainen ja toimiva. Positivismin periaate toimii hyvin terveydenhuollon oikeusjärjestyksen arviointiin, koska terveydenhuollon ammattihenkilöillä on jatkuvasti eritasoisia ja hierarkiassa eriarvoisia sääntöjä noudatettavana. Habermasia mukaillen myös terveydenhuollossa on pidettävä positiivisen oikeuden valta hallitusti aisoissa, niin että lainsäädäntö toteutuu sekä järjestämistaholla että käytännön työelämässä. Edellä on jo

²⁷ Keravuori-Rusanen 2008, s.160.

²⁸ Keravuori-Rusanen 2008, s. 162.

²⁹ Keravuori-Rusanen 2008, s.163.

³⁰ Tuori 2000, s. 107.

esitelty lainsäädännöllistä perustaa, joiden lisäksi on eroteltavissa tosistaan muun muassa ammattietiikka ja työmääräykset. Lääkäriin työssä erityisen tärkeää on ymmärtää eri tasojen erilaiset vaikutukset ja arvostaa kunkin hierarkiatason rakenteellisia perusteita.

Positivismi muotoutuu tiettyjen perusajatusten ympärille. Dworkin esittelee positivismin ytimen seuraavasti³¹:

1. Yhteiskunnan noudattama lainsäädäntö on joukko sääntöjä, joita yksilöt noudattavat suorasti tai epäsuorasti määritelläkseen rajat rangaistavalle käytökselle tai käytökselle, jota julkinen valta suosii. Nämä säännöt voidaan yksilöidä ja erottaa toisistaan tutustumalla tapaan joilla rajoja on koeteltu, eli siihen miten testaustavat on kehitetty tai omaksuttu. Tämän myötä voidaan selvittää todelliset oikeudelliset säännöt esimerkiksi muusta sosiaalisesta käyttäytymisestä.
2. Nämä todelliseksi havaitut oikeudelliset säännöt muodostavat tyhjentävästi lainsäädännön ytimen, ja mikäli yksilöä syytetään jostain asiasta johon kyseinen ydinsisältö ei sisällä suoranaista ratkaisua tai sisällön määritelmä on jollain tavalla epämääräinen, ei tuomiota voida päättää vetoamalla kyseiseen lainsäädäntöön. Tällöin päättävä elin tarvitsee jonkin muun keinon ohjaamaan sen päätöksentekoa ja harjoittaakseen harkintavaltaansa ja samalla luomaan uutta lainsäädäntöä tai täydentääkseen jo olemassa olevaa.
3. Jotta yksilöllä voidaan sanoa olevan lakisääteinen velvollisuus johonkin, lainsäädännön täytyy olla täysin selkeä kyseisestä asiasta. Jotta yksilölle voidaan lakiin perustuvasti määrätä oikeuksia, etuuksia tai velvollisuuksia, täytyy vastaavasti varmistaa oikeusturvan toteutuminen, ja se, ettei päätös tapahdu mielivaltaisesti. Näin ollen myös päättävän elimen on perustettava päätöksensä kirjoitettuun lakiin.

Dworkin itsekin tiedostaa, että kysymyksessä on vain hänen tulkintansa, ja sama aihe voidaan esittää usealla eri tavalla. Esimerkiksi *H. L. A. Hart* esittelee positivismista monimutkaisemman version, jossa säännöt voidaan erotella kahteen eri luokkaan: Pääasiallisiin ja toissijaisiin. Pääasiallisten ja toissijaisten sääntöjen tai lakien erottelu tässä jaottelussa merkitsee sitä että pääasialliset säännöt tai lait ovat niitä, jotka asettavat yksilöille

³¹ Dworkin 1987, s. 17.

oikeuksia ja velvollisuuksia. Toissijaiset säännöt ja lait sen sijaan määrittelevät, että kuka ja miten kunkin säännön voi muotoilla, asettaa tai panna täytäntöön.³²

Dworkinin lähtökohtana voidaan pitää kriittisyyttä sääntökeskeistä lakipositivismia kohtaan. Tämä tarkoittaa sitä, että faktojen subsumointi oikeussäännön alaisuuteen ei useinkaan ole riittävä toimenpide todellisen oikeustapauksen ratkaisun saamiseksi. Tapauskohtaisten ratkaisujen perusteella Dworkin tekee kolmijaon: 1. säännöt 2. periaatteet ja 3. toimintapolitiikat.

Dworkinia mukaillen tuomioistuin ja käytännön työtilanteessa muodostunut hoitotoiminta arvottavat toiminnassaan kolmijakoa eri perustein, mutta molemmat ottavat päätöksissään kaikki kohteet huomioon. Tuomioistuimelle tärkeintä on lainsäädännön noudatus ja näin ollen voidaan ajatella että tuomioistuimen näkökulmasta olennaista on, että hoitotoiminnan toimintapolitiikoissa on otettu sekä lainsäädäntö että hoitotoimintaan liittyvät oikeusperiaatteet riittävästi huomioon. Käytännön hoitotilanteessa lääkäriä taas ohjaavat koulutuksen myötä opitut toimintapolitiikat ja lääkärit ikään kuin sokeana uskovat noudattavansa lainsäädäntöä toimiessaan omien taitojensa puitteissa määräävän periaatteen ollessa potilaan hoitaminen tai vaihtoehtoisesti jokin poliittinen toimintaperiaate kuten kustannustehokkuus.

Koska Dworkinin mukaan säännöt konstituoivat yksilöllisiä oikeuksia ja velvollisuuksia, periaatteet perustelevat niitä ja päämäärät oikeuttavat kollektiivisen tason tavoitteita³³, tulisi lääkärien toimintaa ohjaavan lainsäädännön yhtäältä olla myös lääkärin käytännön toimintaa ohjaavaa sääntelyä ja toisaalta muotoilla myös lääkärin oppikehystä etenkin tällaisissa tapauksissa, joissa pelkästään lääketieteelliseen oppikehykseen ei ole pelkästään yhtä vaihtoehtoa. Tässä tilanteessa kollisiossahan ovat potilaan oikeudet ja lääkärin oppi, eivät lääkärin oikeudet ja potilaan oikeudet, kuten olisi yksinkertaisessa juridisessä tilanteessa.

Oikeudellisessa moraalifilosofiassa on erilaisia näkemyksiä siitä, miksi jokin asia koetaan oikeutetuksi. Aiheen kannalta merkityksellinen on julkisen vallan käytön oikeutus tahdonvastaisesta hoidosta päätettäessä. *Jorma Laitinen* esittää asian väitöskirjassaan seuraavanlaisesti. Laitisen mukaan moraalifilosofinen perusasetelma on se, että psykiatrisen

³² Dworkin 1987, s. 19.

³³ Dworkin 1987, s. 82 – 84.

taudinmäärittäminen oikeutuksella lääkäri tekee juridisen päätöksen, jonka seurauksena määräyksen kohteelta riistetään ainakin väliaikaisesti moraalisen subjektin status, joka on seurausta oletetusta psyykkisen suorituskyvyn alenemisesta. Jotta henkilö voisi nauttia täyttä moraalisen subjektisuuden statusta, edellytys on, että hänelle voidaan sekä langettaa vastuullisuuden määre että häntä voidaan luonnehtia erilaisten yhteisön tunnustamien kansalaisoikeuksien kyvykkääksi haltijaksi. Edellä mainitun statuksen menettäminen ei kuitenkaan koskaan ole täydellinen. Alennetun statuksen omaava henkilö on edelleen oikeutettu moniin asioihin, etenkin perushuolenpitoon ja hyvään hoitoon. Tällöin voidaan sanoa vallitsevan korreloituvusteesin mukainen käännössuhde eli oikeudet ja velvollisuudet sekä perustelevat että edellyttävät toisiaan.³⁴

Edellä mainitun lisäksi tahdonvastaista hoitoa koskevalle päätökselle voidaan antaa myös sosiaalipsykologisesti relevantti tulkinta. Laitinen kuvaa tilannetta siten, että mielenterveysongelmasta kärsivä henkilö häiriökäyttäytymisellään horjuttaa sosiaalisen verkostonsa tasapainoa ja tahdonvastaisen hoidon mukaisilla vapaudenrajoituksilla ikään kuin sovittaa horjutuksensa. Taustalla voidaan nähdä vaikuttavan joukon yhteisöllisesti jaettu symbolifunktion yhteiseen opittuun perustuvia ja yleisesti hyväksytyjä moraalisia periaatteita. Rikkomalla näitä periaatteita henkilö saattaa itsensä retributiivisen oikeuden kohteeksi eli oikeus toteutuu sanktion ja itsemääräämisoikeuden rajoittamisen kautta. Laitinen korostaa sitä, että retributiiviset moraalitykkeet ovat kaikkien yhteistä pääomaa, eikä edes päätöksen tekevä lääkäri voi irrottaa itseään kyseistä tunteista ja eristyä luonnontieteelliseen objektiiviseen ”loistavaan eristyneisyyteen”.³⁵

1.5. Muita keskeisiä käsitteitä

1.5.1. Virkavastuu

Virkavastuu on moniselitteinen käsite, ja tutkielman aiheen kannalta merkittävää on selvittää etenkin rikosoikeudellisen virkavastuun merkitys lääkärin toimessa. Rikoslain (39/1889) 40 luvussa säännellään virkarikoksista, jotka ovat suoraan sovellettavissa virkalääkäriin. Kyseistä

³⁴ Laitinen 1996, s. 162.

³⁵ Laitinen 1996, s. 163.

lukua ei voida kuitenkaan soveltaa muihin kuin virkalääkäreihin. RL 40 luvun 11§:n 1 mom. määrittelee lain tarkoittavan virkamiehellä ”henkilöä, joka on virka- tai siihen rinnastettavassa palvelussuhteessa valtioon, kuntaan taikka kuntayhtymään tai muuhun kuntien julkisoikeudelliseen yhteistoimintaelimeen”.

Virkasuhde ja työsuhde ovat ne keskeiset käsitteet, joiden kautta voidaan erotella virkalääkärit ja keikka-/vuokralääkärit toisistaan. ”Julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä hoitavan lääkärin pitää aina olla virkasuhteessa kuntaan tai kuntayhtymään. Esteellisyysyistä vastaava lääkäri ei voi samanaikaisesti olla sekä kunnan että vuokratyöryhtymän palveluksessa. Vastaavan lääkärin palkan maksaa kunta tai kuntayhtymä.”³⁶ Yksityisellä sektorilla työtä tekevä lääkäri on työsuhteessa työnantajaansa. Yksityisellä sektorilla työnantaja voi olla lain yksityisestä terveydenhuollosta (152/1990) 2 §:n mukaisesti esimerkiksi osakeyhtiö tai yhdistys, tai lääkäri voi toimia itsenäisenä ammatinharjoittajana.

Lähtökohtaisesti valtioon, kuntiin ja kuntayhtymiin lääkäri voi olla joko virka- tai työsuhteessa, ja tällöin virkalääkärin aseman erottaminen työsuhteesta olevasta lääkäristä on ulkopuolelta tarkasteltuna yksinkertaista. Ongelmallista edelleen on tosiasiallisten töiden suorittaminen silloin, kun julkista valtaa tai merkittävää julkista valtaa käytetään – menetelläänkö kyseisissä tilanteissa lainmukaisesti, onko isännänvastuu merkittävä ja poistuuko ongelma sillä, että työsuhteesta oleva lääkäri tekee tilanteen mukaan tarvittavat toimenpiteet, jotka virkalääkäri vastuullaan myöhemmin hyväksyy. Ongelmalliseksi voi myös muodostua ostopalveluna, palvelusetelillä tai vastaavalla järjestetty sinällään julkista vallan käyttöä sisältämätön hoitotoimenpide, jossa syystä tai toisesta esiintyykin tarve julkisen vallan käytölle. On mahdollista, että yksityisen ja julkisen välillä yhtäaikaaisesti työtä tekevät lääkärit eivät tule ajatelleeksi julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä lainsäädännön tai työssäolooperusteensa kannalta.

1.5.2. Vahingonkorvausvastuu

Julkisen vallan käytön käsitteellä on läheinen yhteys vahingonkorvausvastuuseen. Julkisen vallan käytön muodostumisen yhteydessä tunnistettiin myös kansalaisen oikeussuojan tarve julkista valtaa käyttävää virkamiestä kohtaan. Esimerkiksi jo rikoslaissa oli

³⁶ ”Sosiaali- ja terveysministeriön kannanotot opiskelijoiden ja vuokratyövoiman käytöstä kunnallisessa terveydenhuollossa”, KT 8/2006.

vahingonkorvaussäännöksiä luvussa 9, joiden mukaan rikoksella aiheutettu vahinko tuli korvata. Näiden säännösten myötä juuri vahingonkorvausoikeudessa alkoi kehittyä kansalaisen suoja julkisen vallan käyttöä kohtaan. Kyseinen kehitys jatkui siten, että valtion voitiin katsoa olevan jossain määrin vastuussa virkamiehen toimista, mutta vahingonkorvausvastuu syntyi vasta kun korvausvaatimus virkamiehestä kohtaan oli tutkittu ja tuomio annettu. Perustuslain tasolla virkamies voitiin asettaa vastuuseen oikeuden vastaisesta toimenpiteestä tai laiminlyönnistä Suomen hallitusmuodon 94/1919 93 §:n mukaisesti.

Julkisen vallan käyttö asetetaan edelleen yleisistä vastuusäännöistä poikkeavaan asemaan. Vahingonkorvauslaissa julkisen vallan käytöstä säännellään luvussa 3 ja 5 luvun 1 §:ssä. Vahingonkorvauslain 3 luvussa käsitellään työnantajan ja julkisyhteisön korvausvastuuta. Kyseisessä luvussa on säännelty muun muassa vastuuperusteen sisällöstä, muutoksenhaun merkityksestä sekä erityisistä prosessinedellytyksistä, jotka koskevat tiettyjä vastuutilanteita. Tilanteissa, joissa ei ole kysymys julkisen vallan käytöstä, julkisyhteisön vastuu määräytyy samoin perustein kuin muidenkin subjektien.³⁷

Julkisen vallan roolia on korostettu myös vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:ssä, jonka mukaan:

”Vahingonkorvaus käsittää hyvityksen henkilö- ja esinevahingosta sekä 4 a ja 6 §:ssä säädetyin edellytyksin kärsimyksestä. Milloin vahinko on aiheutettu rangaistavaksi säädetyllä teolla tai julkista valtaa käytettäessä taikka milloin muissa tapauksissa on erittäin painavia syitä, käsittää vahingonkorvaus hyvityksen myös sellaisesta taloudellisesta vahingosta, joka ei ole yhteydessä henkilö- tai esinevahinkoon.”

Kyseisiä lainkohtia koskeva tuomioistuinkäytäntö on ollut hajanainen. Toisilla aloilla kyseisiä kohtia on tulkittu laajemmin, kun taas sosiaali- ja terveydenhuollon tapauksissa lainkohdista johdettavat määrittelyt ovat saaneet suhteellisen suppean tulkinnan. Tämä käy esille muun muassa *Mika Hemmon* vuonna 2002 tekemästä selvityksestä. Hemmo selvitti puhdasta varallisuusvahinkoa koskevan sääntelyn uudistamistarvetta³⁸. Kyseisessä selvityksessä hän esitteli muun muassa VahL 5:1 liittyvää oikeuskäytäntöä, joka prejudisoi julkisen vallan

³⁷ Hemmo 2005, s. 79.

³⁸ Hemmo 2002.

käytön käsitettä.³⁹ Kyseiset tapaukset koskivat muun muassa auton rekisteriotteen antamisen katsomista julkisen vallan käytöksi (KKO 1989:14) ja valtion työvoimaneuvojan harjoittaman paluumuuttoa koskevan lainsäädäntöön liittyvän tiedonannon katsomista julkisen vallan käytöksi (KKO 1989:50). Kyseisistä tapauksista käy ilmi, että tulkintalinja julkisen vallan käytön käsitteen suhteen on ollut laaja. Se ei ole rajoittunut ainoastaan välittömästi yksilön oikeusasemaan vaikuttaviin hallintopäätöksiin tai pakkokeinoihin.⁴⁰

Hemmo on myös eritellyt tilanteita, joissa julkisen vallan käyttöön liittyvä korvausvastuun perustava tuottamus voi tulla kysymykseen. Tällaisia ovat esimerkiksi ”tiedonantovirhe neuvonnassa tai muussa julkisessa toiminnassa, lakisääteisten julkisten palvelujen perusteeton evääminen tai puutteellisuus, kohtuuton viivytys asian käsittelyssä ja liiallinen voimakeinojen käyttö.”⁴¹ Kaikki listalla mainitut tapaukset voisivat tulla kysymykseen terveydenhuoltoon liittyvissä tilanteissa.

1.5.3. Potilaan itsemääräämisoikeus

Potilaan oikeus määrätä itseään koskevasta hoidosta on eräs tärkeimmistä ihmis- ja perusoikeuksista. Henkilökohtaisesta vapaudesta ja koskemattomuudesta on säädetty sekä YK:n kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevassa sopimuksessa artiklassa 9 että Euroopan ihmisoikeussopimuksessa, jossa vastaava artikla sisällöltään on artikla 5.

Potilaan koskemattomuus ja itsemääräämisoikeus ovat lääkintäeettisiä käsitteitä. Voidaan puhua tietoon perustuvan suostumuksen periaatteesta eli informed consent -periaatteesta. Kyseinen periaate juontaa juurensa toisen maailmansodan jälkeen laadittuun Nürnbergin ohjeistukseen. Periaatteen mukaisesti pätevän suostumuksen ehtoja ovat, että⁴²:

1. potilasta on informoitu riittävästi,
2. potilas on ymmärtänyt saamansa informaation,
3. potilaalla on kyky suostumuksen antamiseen, ja
4. potilaan suostumus hoitoon on vapaaehtoinen.

³⁹ Hemmo 2002, s. 7.

⁴⁰ Hemmo 2002, s. 7. Toisin on ollut tapauksessa KKO:2008:78, jossa lääkemääräyksen antamisen ei katsottu sisältävän julkisen vallan käyttöä.

⁴¹ Hemmo 2005, s. 84.

⁴² Lohiniva-Kerkelä 2004, s.105 – 106.

Potilaan itsemääräämisoikeus ja henkilökohtainen koskemattomuus ovat usein kollisiossa julkisen vallan käytön kanssa. ”Perusoikeuksien kollisiotilanteessa tulee pyrkiä ratkaisuun, joka mahdollisimman hyvin turvaisi kaikkien kilpailevien perusoikeuksien samanaikaisen toteutumisen.”⁴³ Potilaan kannalta kyseisen lainauksen mukainen toiminta tarkoittaisi sitä, että jos hänen kaksi eri perusoikeutta ovat ristiriidassa keskenään tai jonkun toisen henkilön perusoikeuden kanssa, tulee julkisen vallan käytön valita käytettävissä olevista vaihtoehdoista sellainen, joka loukkaisi mahdollisimman vähän yhtäkään ristiriidassa olevaa perusoikeutta.

Lääkäriin tulee huolehtia kummastakin periaatteesta sekä työ- että virkasuhteessa, mutta etenkin virkalääkäriin julkisen vallan käyttö on laillisesti järjestetty erityisperuste kyseisiin periaatteisiin kajoamiseen. Tämä etenkin silloin, kun potilas on joko mielenterveydellisesti, päihteiden vuoksi tai tajuttomuutensa vuoksi kykenemätön tekemään itseään koskevia päätöksiä. Tällöinkin lain potilaan asemasta ja oikeuksista (758/1992) 6 §:n mukaan potilaan laillista edustajaa, lähiomaista tai vastaavaa on kuultava, mikäli sellaisia löytyy. Tämän lisäksi lääkäri saa tarjota ja antaa potilaalle ainoastaan sellaista hoitoa, joka on kyseenomaisessa tilanteessa yleisesti niin sanotun koululääketieteellisen tiedon ja kokemuksen mukaan sekä hyväksyttyä että perusteltua.

⁴³ Viljanen Veli-Pekka, Perusoikeuksien rajoittaminen teoksessa Perusoikeudet – Pekka Hallberg et al. s.139.

2. Lääkäri

2.1. Lääkärin ammatillinen asema

2.1.1. Lääkärin oikeuksista ja velvollisuuksista

Lääkärintoimintaa on säädelty Suomessa viranomaiskontrollin alaisena toimintana historiallisesti pitkään, jotta väärinkäytöksiltä ja puoskaroinnilta välttyttäisiin. Jo 1688 kuninkaallisella käskykirjeellä vahvistettiin yliopistokoulutuksen saaneen Collegium medicumin etuoikeudet valvoa sekä lääkäriammatin harjoittamista että ammatinharjoittajia.⁴⁴ Asetus lääkärintoimen harjoittamisesta Suomessa oli ensimmäinen erillinen lääkärintoimea koskeva säädös, ja se annettiin vuonna 1890. Tuolloin lääkärintoimea sai harjoittaa joko Suomessa lääkärin lisensiaatin tutkinnon suorittanut henkilö tai ulkomailla kyseisen tutkinnon suorittanut henkilö erinäisillä ehdoilla. Lisäksi venäläisillä lääkäreillä oli asetuksen mukaan erioikeuksia.⁴⁵ Vuonna 1925 asetuksen korvasi laki lääkärintoimen harjoittamisesta, johon sisältyi lääkärin saattaminen lääkintöhallituksen valvottavaksi ja lisäksi oikeus lääkärintoimen harjoittamiseen tuli anoa lääkintöhallitukselta.⁴⁶

Lailla terveydenhuollon ammattihenkilöstä (559/1994) säännellään oikeudesta terveydenhuollon ammattihenkilönä toimimisesta, ammattihenkilön velvollisuuksista sekä ammattihenkilöiden valvonnasta. Lakia on käsitelty tarkemmin luvussa 2.1.4.1. *Laki terveydenhuollon ammattihenkilöstä*. Lääkäriin oikeuksien ja velvollisuuksien kannalta merkittävä laki on myös terveydenhuoltolaki (1326/2010), jonka tarkoituksena on muun muassa edistää ja ylläpitää väestön terveyttä sekä vahvistaa terveydenhuollon palvelujen asiakaskeskeisyyttä.

Terveydenhuoltolaki tuli voimaan 1.5.2011. Sitä sovelletaan kansanterveyslain (66/1972) ja erikoissairaanhoidon lain (1062/1989) mukaisesti kunnan järjestämisvastuun piiriin kuuluvaan terveydenhuollon järjestämiseen, jos muussa laissa ei toisin säädetä.

⁴⁴ Lohiniva-Kerkelä 2004, s. 46.

⁴⁵ Lohiniva-Kerkelä 2004, s.46.

⁴⁶ Lohiniva-Kerkelä 2004, s. 47.

Silloin kun terveydenhuollon ammattihenkilön tutkinto on suoritettu muussa EU- tai ETA-valtiossa kuin Suomessa, sovelletaan Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviä ammattipätevyyden tunnustamisesta (2005/36/EY), eli ammattipätevyysdirektiiviä. Kyseinen direktiivi on implementoitu myös osaksi terveydenhuollon ammattihenkilöistä annettua lakia. Yksityiskohtaiset säännökset ovat lain toisessa luvussa.

Suomessa lääkärin luvan hakemuksesta myöntää Sosiaali- ja terveystieteiden lupa- ja valvontavirasto Valvira. Tämä koskee sekä Suomessa että muissa maissa koulutuksensa saaneita lääkäreitä.⁴⁷ Valvira myös ohjaa ja hoitaa sosiaali- ja terveydenhuollon lupahallintoa. Valvira on toiminut vuodesta 2009, kun Terveystieteiden oikeusturvakeskus TEO ja Sosiaali- ja terveydenhuollon tuotevalvontakeskus STTV yhdistyivät.⁴⁸ Tehtäviensä hoitamiseksi Valvira ylläpitää terveydenhuollon ammattihenkilöiden keskusrekisteriä Terhikkiä, josta ilmenee henkilön muodollinen pätevyys ammatin harjoittamiseen.⁴⁹ Valviran tehtäviin kuuluvat myös terveydenhuollosta tehtyjen kanteluiden ja valitusten tutkiminen. Lisäksi Valviran yhteydessä toimii ammatinharjoittamisoikeuksien rajoittamista ja menettämistä ja takaisinsaamista sekä kurinpitoa koskevia asioita käsittelevä terveydenhuollon ammattihenkilöiden valvontalautakunta.⁵⁰ Valvontalautakunta teki vuonna 2013 209 päätöstä, jotka koskivat 194:ää terveydenhuollon ammattihenkilöä. 97 päätöksessä oli kysymys ammattioikeuksien poistamisesta tai kiellosta käyttää terveydenhuollon ammatinimikettä. 67 päätöstä koski ammatinharjoittamisoikeuden rajoittamista ja 31 kirjallisen varoituksen antamista. Päätöksistä 80 koski lääkäreitä ja 110 hoitohenkilöstöä. Tiedot käyvät ilmi Valviran julkaisemasta tiedotteesta⁵¹.

Lääkärillä on sekä oikeus että velvollisuus hoitaa potilasta parhaan tietonsa ja kykynsä mukaisesti sekä potilaan etu huomioon ottaen. Kuitenkin lääkärin toimintaa voivat ohjata erilaiset rakenteet. *Paternalistiseksi ajattelutavaksi* kutsutaan mallia, jossa potilaan edun määrittelee lääkäri. Lääkärin eettisellä vastuulla on pitkät perinteet, jotka ovat johdettavissa aina Hippokrateen valaan asti, ja nämä eettiset periaatteet ovat ohjanneet myös Suomalaisen lainsäädännön muotoutumista. *Utilitarismista* puhuttaessa kysymys on yleisestä tai julkisesta

⁴⁷ Paunio – Pelkonen 2012, s. 13.

⁴⁸ Paunio – Pelkonen 2012, s. 12.

⁴⁹ Paunio – Pelkonen 2012, s. 13.

⁵⁰ Paunio – Pelkonen 2012, s. 13.

⁵¹ www.valvira.fi/files/Valvontalautakunta%202013.xls viitattu 25.5.2014.

edusta varsinaisen potilaan edun sijaan, ja tällainen etu voi olla esimerkiksi tartuntavaaran torjuminen tai yhteiskuntamoraalin ylläpito.⁵²

Lääkärityöhön kuuluu päivystysvastuu. Päivystäminen voi sisältää monenlaista kiireellistä toimintaa, johon liittyy myös julkisen vallan käyttämistä. Eräs tällainen toimenpide on päivystävän lääkärin oikeudet eristämiseen tai sitomiseen aggressiivisen potilaan kohdalla. Päivystystä toteutetaan myös opiskelijoiden ja sijaisten voimin, ja päivystyksen järjestämisvastuu kuuluu sairaalassa ylilääkärille ja terveyskeskuksessa vastaavalle lääkärille. Päivystäessään lääkäri on vastuussa omasta toiminnastaan. Hän vastaa hänelle osoitetuista potilaista ja niistä tutkimuksista ja hoidoista, jotka hän on määrännyt potilaalle tehtäväksi tai tehnyt itse.⁵³

Virkailtään nuorille lääkäreille suunnatussa virkaehtosopimuksen tiivistelmän sisältävässä tiedotteessa päivystyksen eräänä muotona on määritelty poikkeava työpaikkapäivystys. Sillä tarkoitetaan työpaikalla suoritettavaksi määrättyä päivystystä, joka poikkeaa joiltain osin normaalista työpaikkapäivystyksestä. Erotuksena on se, että aktiivisuuden määrä on vähäinen (noin 20–40%), mutta potilasturvallisuuden lainsäädännön näkökohtien vuoksi edellytetään poikkeuksellisesti työpaikalla käytettävissä oloa. Päivystysvuorojen pituudet voivat vaihdella tarpeen mukaan muutamasta tunnista aina täyteen vuorokauteen. Päivystysvuoro voi olla tätä pidempikin vapaamuotoisessa päivystyksessä, mutta lähtökohtana on se, että sama lääkäri päivystää yhtäjaksoisesti kulloinkin enintään 24 tuntia.⁵⁴ Esitetynlainen päivystyksen harjoittelu vaikuttaa siinä mielessä hyvältä, että päivystyksen tehtäviin päästään työelämässä mukaan. Esityksestä ei kuitenkaan käy ilmi se, että onko käytettävissä olevan lääkärin palvelussuhde aina virkaperusteinen vai voiko työpaikkapäivystystä hoitaa myös työsuhteessa oleva lääkäri.

Päivystyksiin liittyen sosiaali- ja terveysministeriö on antanut uuden asetuksen kiireellisen hoidon perusteista ja päivystyksen erikoisalakohtaisista edellytyksistä. Uudet päivystysmääräykset astuvat voimaan 1.1.2015 kyseisen asetuksen voimaantulon myötä. Määräykset koskevat sekä perusterveydenhuollon että erikoissairaanhoidon lääkäreitä.

⁵² Kotkas – Tuori 2008, s. 409.

⁵³ LKT Antero Palmu teoksessa Lääkärityö ja laki 2000, s.228 – 229.

⁵⁴ Suomen Medisiinariliiton Mini-VES 2013, s. 11. Viitattu 25.5.2014. Luettavissa osoitteessa: http://www.suomenmedisiinariliitto.fi/wordpress/wp-content/uploads/2013/05/mini-VES_2013_web.pdf

Lääkäreillä koulutukseen sisältyy jo varhaisessa vaiheessa oppi siitä, että ”Jos laki ja etiikka joutuvat vastakkain, lääkärin on ensisijaisesti noudatettava etiikkaansa.”⁵⁵ Kyseisellä ohjeella viitataan tilanteisiin, joissa käytännön tilanne aiheuttaa lääkärille normikollision konkreettisen tapauksen vaatiessa opittuun ja kokemukseen perustuvaa toimintaa. Tällainen voisi esimerkiksi olla tapauksen (KHO:2012:75) kaltainen esimerkki, jossa lääkäri mahdollisesti itsekin tietää toimivansa puutteellisella toimivallalla, mutta toimii silti ammattitaitonsa ja ammattietiikkansa mukaisin periaattein. Tällaiset tilanteet ovat omiaan herättämään kysymyksen siitä, missä määrin terveydenhuoltojärjestelmä voi säännönmukaisesti jättää noudattamatta niinkin merkittäviä oikeudellisia normistoja kuin perustuslakia ja lakia. Lainvastainen toiminta ei jää näissäkään tilanteissa yleensä huomiotta ja tilanteen rakentuessa tällaiselle pohjalle, muodostuu tuomioistuimesta säännönmukainen terveydenhuollon muutoksenhakuelin, mikä ei kuitenkaan voi olla tarkoituksenmukaista.

2.1.2. Laki potilaan asemasta ja oikeuksista

Potilaan aseman ja oikeuksien kautta voidaan peilata lääkärin oikeuksia ja velvollisuuksia. Keskeisin potilaan asemasta ja oikeuksista sääntelevä laki on laki potilaan asemasta ja oikeuksista⁵⁶.

Lain 3 § 2 momentin mukaan:

”Potilaalla on oikeus laadultaan hyvään terveyden- ja sairaanhoitoon. Hänen hoitonsa on järjestettävä ja häntä on kohdeltava siten, ettei hänen ihmisarvoaan loukata sekä että hänen vakaumustaan ja hänen yksityisyyttään kunnioitetaan.”

Saman pykälän momentissa 3 säännellään lisäksi potilaan äidinkielen, yksilöllisten tarpeiden ja kulttuurin huomioon ottamisesta mahdollisuuksien mukaan. Vaikka lakiin on selvästi kirjoitettu päämäärä potilaan oikeudesta hyvään hoitoon ja kohteluun, rajoittaa tätä oikeutta varaus siitä, että potilaan oikeus hoitoon toteutetaan kulloistenkin terveydenhuollon voimavarojen rajoissa.⁵⁷ Lääkärin työksi ja velvollisuudeksi jää päättäminen kulloistenkin

⁵⁵ Lääkärin etiikka 2005, s. 12.

⁵⁶ Jatkossa potilaslaki.

⁵⁷ Pylkkänen teoksessa Lääkärintyö ja laki 2000, s. 66.

resurssien käyttämisestä ja vaihtoehtoisesti ohjata potilas joko odottamaan hoitoon pääsyä tai toimitettava hoitoon muualle.⁵⁸

Hoitoa odottamaan ohjatulla potilaalla on oikeus hoitoon pääsyyn tietyn ajan sisällä. Hoitotakuu on toteutettu sekä terveydenhuoltolain 50 §:n, terveydenhuoltolain ammattihenkilöstä annetun lain 15 §:n sekä potilaslain 4 §:n mukaisesti. Säännöksissä on määritelty määräajat hoidon saamiselle yhtenäisin lääketieteellisten ja hammaslääketieteellisten perusteiden mukaisesti.⁵⁹ Hoitotakuun pettäessä ensisijaisena oikeussuojakeinona on nähty vaihtoehto, jossa kunta tarjoaa palvelun maksusitoumuksella siten, että järjestäjänä toimii toinen palveluntarjoaja. Näissäkään tilanteissa ei kuitenkaan potilaan omatoimisesti järjestämää palvelua ole katsottu kunnan korvausvelvollisuuden piiriin.⁶⁰ *Riitta- Leena Paunio* näkemys on, että terveydenhuollon oikeussuojajärjestelmä ei ole riittävä hoitotakuun pettäessä ja kuntalaisen jäädessä vaille oikea-aikaista hoitoa. Lisäksi Paunio korostaa että myös hoidon laadulla voi olla merkitystä hallintoriita-asiassa.⁶¹

Potilaslain 5 § 1 momentin mukaan potilaalla on oikeus saada tietoa sairaudestaan ja sen hoidosta. Potilaalla on jatkuva oikeus saada ajankohtaisia tietoja koskien omaa terveydentilaansa. Henkilökunnan on oma-aloitteisesti kerrottava potilaalle eri hoitovaihtoehtoista ja niiden vaikutuksista sekä haittavaikutuksista. Potilaalla tulee olla tieto kaikista niistä seikoista, joilla on merkitystä hänen hoidostaan päätettäessä.

Potilaalle ei tule kuitenkaan antaa tietoja silloin kun hän ei itse halua niitä tai jos lääkäri pitää ilmeisenä, että tietojen antamisesta aiheutuisi vakavaa vaaraa potilaan terveydelle tai hengelle. Pelkkä epäily ei kuitenkaan riitä syyksi, vaan vaaran on oltava konkreettinen.⁶²

Potilaan on saatava tiedot siten, että hän ymmärtää niiden sisällön. Tämä sisältää sekä kielelliset ongelmat että aistilliset ongelmat. Mikäli potilaalle ei voida jostain syystä tietoja antaa ymmärrettävällä tavalla, on sen syy merkittävä potilasasiakirjoihin. Potilaalla on oikeus

⁵⁸ Pylkkänen teoksessa *Lääkärintyö ja laki 2000*, s. 66 – 67.

⁵⁹ Eoak dnro 488/4/2000

⁶⁰ Suviranta 2006, s. 1252 – 1264.

⁶¹ Paunio teoksessa *Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen 2012*, s. 48.

⁶² Pylkkänen teoksessa *Lääkärintyö ja laki 2000*, s. 69.

tarkistaa potilasasiakirjojen tiedot ja mikäli hän pitää niitä virheellisinä, voi hän pyytää korjausta virheellisiltä osilta.⁶³

Potilaan itsemääräämisoikeudesta säännellään potilaslain 6 §:ssä.⁶⁴ Kyseisen pykälän toisessa momentissa on säännelty myös omaisten toimivaltaan liittyvistä oikeuksista. Lainkohdan mukaan:

”Jos täysi-ikäinen potilas ei mielenterveydenhäiriön, kehitysvammaisuuden tai muun syyn vuoksi pysty päättämään hoidostaan, potilaan laillista edustajaa taikka lähiomaista tai muuta läheistä on ennen tärkeän hoitopäätöksen tekemistä kuultava sen selvittämiseksi, millainen hoito parhaiten vastaisi potilaan tahtoa. Jos tästä ei saada selvitystä, potilasta on hoidettava tavalla, jota voidaan pitää hänen henkilökohtaisen etunsa mukaisena.”

Potilaslain 6 §:n momentissa 3 tarkennetaan momentin 2 sisältöä. Kyseisen momentin 3 mukaan:

”Tapauksissa, joita 2 momentissa tarkoitetaan, tulee hoitoon saada potilaan laillisen edustajan taikka lähiomaisen tai muun läheisen suostumus. Laillisen edustajan, lähiomaisen ja muun läheisen tulee suostumusta antaessaan ottaa huomioon potilaan aiemmin ilmaisema tahto tai, jos hoitotahtoa ei ole ilmaistu, hänen henkilökohtainen etunsa. Jos laillinen edustaja, lähiomainen tai muu läheinen kieltää hoidon antamisen tai hoitotoimenpiteen tekemisen potilaalle, potilasta on mahdollisuuksien mukaan hoidettava yhteisymmärryksessä suostumisesta kieltäytyvän henkilön kanssa muulla lääketieteellisesti hyväksyttävällä tavalla. Jos laillisen edustajan, lähiomaisen tai muun läheisen näkemykset hoidosta eroavat toisistaan, potilasta on hoidettava tavalla, jota voidaan pitää hänen henkilökohtaisen etunsa mukaisena.”

Edellä olevien lainkohtien perusteella lääkäriellä vaikuttaisi siis olevan velvollisuus selvittää muun muassa täysi-ikäisen mielenterveydenhäiriöstä kärsivän potilaan laillista edustajaa tai lähiomaista selvittääkseen hoitokeinoista soveltuvinta päätöksenteossaan. Määreenä on vielä avoimeksi jäävä kohta ”tärkeä hoitopäätös”. Tärkeäksi hoitopäätökseksi voitaneen laskea

⁶³ Pylkkänen teoksessa *Lääkärintyö ja laki 2000*, s. 69.

⁶⁴ Itsemääräämisoikeudesta tarkemmin luvussa 1.5.3. *Potilaan itsemääräämisoikeus*.

kaikki päätökset, joilla rajoitetaan potilaan oikeuksia, velvollisuuksia tai henkilökohtaista koskemattomuutta.

Yksilöllisiä päätöksiä tehtäessä terveydenhuollossa eräänä merkittävänä periaatteena on tarveperiaate.⁶⁵ Tarveperiaatteen ongelma on kuitenkin sen epämääräisyys. Epämääräisyys ilmenee ongelmina erilaisten sairauksien etusijajärjestyksestä päätettäessä tai vakavuusasteeltaan yhtäläisten potilaiden hoitotoimenpiteistä päätettäessä. *Asbjørn Kjønstad* on luetellut 20 näkökohtaa jotka saattavat vaikuttaa, tosin ei pidä itse kaikkia näitä hyväksyttävänä⁶⁶: 1. hoidon tarve 2. potilaan paranemismahdollisuudet 3. sairaanhoitolaitoksen tarjontaprofiili 4. kustannustekijät 5. tapauksen kiinnostavuus 6. tapauksen merkitys tutkimuksen kannalta 7. tapauksen merkitys opetuksen kannalta 8. jonotusperiaate 9. potilaan tärkeys yhteiskunnalle 10. potilaan yhteiskunnallinen asema 11. terveystalouden sosiaalinen tarve 12. potilaan ikä 13. maksuperiaate 14. terveystalouden aikaisempi käyttö 15. kansallisuus 16. asuinpaikka 17. ystävyys, sukulaisuus ja naapuruus 18. potilaan yhteiskunnallinen arvostus 19. potilaan henkilökohtaiset ominaisuudet ja luonteenpiirteet sekä 20. potilaan oma syy sairastumiseensa, kuten tupakointi tai alkoholinkäyttö.⁶⁷

2.1.3. Lääkäri ja mielenterveyslaki

Mielenterveyslain 8 §:n mukaisesti tahdosta riippumattomaan hoitoon henkilö voidaan määrätä vain, jos:

1. henkilön todetaan olevan mielisairas
2. henkilö mielisairautensa vuoksi on hoidon tarpeessa siten, että hoitoon toimittamatta jättäminen olennaisesti pahentaisi hänen mielisairauttaan tai vakavasti vaarantaisi hänen terveyttään tai turvallisuuttaan taikka muiden henkilöiden terveyttä tai turvallisuutta, ja

⁶⁵ Kotkas - Tuori 2008, s. 174.

⁶⁶ Kotkas - Tuori 2008, s. 175.

⁶⁷ Kjønstad, Asbjørn 1986 s. 426 – 431, Rett og rettferdighet ved fordeling av helsetjenster. Teoksessa Samfunn, Rett, Rettferdighet. Otta.

3. jos mitkään muut mielenterveyspalvelut eivät sovellu käytettäväksi tai ovat riittämättömiä.

Mielenterveyslain 9 § sääntelee tarkkailulähetteen laatimista. Säännöksen mukaan tarkkailuun lähettämistä varten lääkärin on tutkittava potilas ja pitäessään hoitoon määräämistä välttämättömänä, laadittava kirjallinen lääkärinlausunto eli tarkkailulähete M1⁶⁸. Tarkkailulähetteen laatii yleensä perusterveydenhuollon lääkäri, ja ennen lähetteen laatimista hänen on varmistettava, ettei mielenterveyslain 8 § 3 momentin tarkoittamia vaihtoehtoisia hoitomuotoja ole käytettävissä.

Viimeistään neljäntenä päivänä tarkkailuun ottamispäivästä lääkärin on annettava tarkkailuun otetusta henkilöstä kirjallinen tarkkailulausunto M2. Tästä säännellään mielenterveyslain pykälässä 10 §. Silloin kun tarkkailusta vastannut lääkäri on esteellinen tai estynyt, lausunnon antaa sairaalan muu lääkäri. Mikäli hoitoon määräämiseen ei ole edellytyksiä, on tarkkailussa pitämisestä heti luovuttava ja potilas on kotiutettava sairaalasta hänen sitä toivoessaan.

Päätöksen tarkkailuun otetun määräämisestä hoitoon hänen tahdostaan riippumatta tekee mielenterveyslain 11 §:n 2 momentin mukaisesti sairaalan psykiatrisesta hoidosta vastaava ylilääkäri tai hänen ollessaan esteellinen tai estynyt, muu tehtävään määrätty henkilö, ensisijaisesti psykiatrian erikoislääkäri. Päätökseen tulee sisällyttää perusteltu kannanotto hoitoon määräämisen edellytyksistä.

Vaikka mielenterveyslainmukainen toiminta on hallintotoimintaa, on kysymyksessä myös lääketieteellinen kysymys. Terveystilan määrittelyn tulee tapahtua asiantuntevien lääkärin toimesta huolellisten tutkimusten perusteella. Mielisairaudella tarkoitetaan mielen häiriötä, johon liittyy ilmeinen todellisuudentajun hämärtyminen. Tällaisia mielisairauksia ovat muun muassa deliriumtilat, skitsofrenian eri muodot, vakavat masennustilat sekä kaksisuuntainen mielenhäiriö. Mielisairauden tulee olla sellainen, että siihen on olemassa joko parannuskeino tai lievittävä hoitomuoto lääketieteen yleisten oppien mukaisesti.⁶⁹

Mielenterveyslain 12 §:n 1 momentin mukaan hoitoon määrättyä saadaan 11 §:n mukaisen päätöksen nojalla pitää tahdosta riippumattomassa hoidossa enintään kolme kuukautta. Mikäli

⁶⁸ M1 on tarkkailulähete, M2 on tarkkailulausunto ja M3 on hoitoonmääräämispäätös.

⁶⁹ HE 201/1989 vp, s. 15 - 16. Mielisairaudesta LL Kari Pylkkänen teoksessa Lääkärintyö ja laki 2000, s. 222.

ennen tämän ajan päättymistä näyttää ilmeiseltä jatkaa hoitoa kyseisen ajan jälkeenkin eikä hoidosta päästä yhteisymmärrykseen potilaan kanssa, potilaasta on annettava uusi tarkkailulausunto, jolla selvitetään edellytykset tahdosta riippumattomaan hoitoon määräämisestä. Hoidon jatkamisesta tai lopettamisesta lääkärin on annettava 11 §:n mukainen kirjallinen päätös ennen kuin hoitoa on kestänyt kolme kuukautta. Jos hoitoa jatketaan, päätös on annettava tiedoksi potilaalle viipymättä ja alistettava heti hallinto-oikeuden vahvistettavaksi.

Mielenterveyslain 12 §:n 2 momentin mukaisesti hoidon jatkamista koskevan päätöksen nojalla potilasta voidaan pitää tahdosta riippumattomassa hoidossa enintään kuusi kuukautta. Edelleen, jos potilasta hoidettaessa käy ilmi, että edellytyksiä tahdosta riippumattomaan hoitoon ei ole, mielenterveyslain 14 §:n mukaan hoito on lopetettava heti ja potilas poistettava sairaalasta hänen sitä halutessaan.

Mielenterveyslain 24 §:n 1 momentin mukaan sairaalan lääkärin päätökseen saa hakea muutosta valittamalla hallinto-oikeuteen. Mielenterveyslain 25 §:n mukaan tahdosta riippumaton hoito pannaan täytäntöön muutoksenhausta huolimatta, mutta muutoksenhakuviranomainen voi kieltää päätöksen täytäntöönpanon tai määrätä sen keskeytettäväksi.

Hallituksen esityksessä eduskunnalle laiksi mielenterveyslain muuttamisesta⁷⁰ ehdotetaan, että mielenterveyslakia muutettaisiin siten, että myös muut kuin virkasuhteessa olevat lääkärit voisivat laatia M1-tarkkailulähetteen laissa säädetyin edellytyksin. Tarukannel tulkitsee vuoden 2010 esityksen siten, että tarkkailulähetteen laatiminen on julkisen vallan käyttöä, mutta ei merkittävää julkisen vallan käyttöä.⁷¹

Mielenterveyslain 29 §, joka on otsikoltaan Terveyskeskuslääkärin toimintavelvollisuus, on kirjoitettu muotoon:

”Jos on syytä epäillä, että edellytykset terveystieteiden toimialueella asuvan tai oleskelevan hoitoon määräämiseen hänen tahdostaan riippumatta ovat olemassa,

⁷⁰ HE 199/2013 vp ja HE 335/2010 vp.

⁷¹ Tarukannel 2012, s. 510.

terveyskeskuksen vastaavan lääkärin tai hänen määräämänsä lääkärin on tarvittaessa laadittava hänestä tarkkailulähete ja toimitettava hänet sairaalaan.”

*LL Kari Pylkkänen*⁷² toteaa kyseisestä säännöksestä, että sillä oli nimenomaisesti tarkoitus madaltaa toimintavelvollisuuden kynnystä vuoden 1978 laista. Hänen mukaansa kyseisen säännöksen tavoitteena on valtuuttaa lääkäri määräämään potilas tarkkailuun jo silloin, kun hän edes epäilee hoitoon määräämisen edellytysten täyttyvän. Kyseistä näkemystä tukevat myös lain esityöt, ja oikeuskäytäntö onkin muotoutunut osittain ristiriitaiseksi tämän tavoitteen kanssa. Myös mielenterveyslain pykälät 30 § ja 31 §, joissa on kysymys poliisin toimintavelvollisuudesta ja virka-avusta, eivät nykyisellään vastaa oikeuskäytännön linjaa. Ongelmana on ainakin säännösten sanamuodon epätarkkuus. Säännöksessä 29 § puhutaan terveyskeskuslääkäristä, terveyskeskuksen vastaavasta lääkäristä tai terveyskeskuksen vastaavan lääkärin määräämästä lääkäristä. Sanamuotojen perusteella jää epäselväksi se, mitä terveyskeskuslääkärillä tarkoitetaan. Jos terveyskeskuslääkärillä tarkoitetaan virkasuhteessa olevaa lääkäriä, niin voiko hän määrätä muunlaisessa palvelussuhteessa olevaa lääkäriä omalla virkavastuullaan vai ei. Tämän perusteella on ymmärrettävää, että mikäli lainsäätäjän tavoitteena on ollut tarkkailuun määräämisen kynnyksen madaltaminen, niin ajankohtainen hallituksen esitys⁷³, koskien muutosta tarkkailulähetteen kirjoittamisen sallimista myös muille kuin virkasuhteessa olevalle lääkärille, olisi täysin linjassa lainsäätäjän tahdon kanssa. Kyseisen linjan ongelmana olisi silti lainsäädännön tarkkarajaisuuden puute tai vastaavasti rajanveto-ongelma perustuslain tarkoittaman julkisen vallan käytön ja mielenterveyshoidon välillä.

2.1.4. Lääkäri terveydenhuollon ammattihenkilönä

2.1.4.1. Laki terveydenhuollon ammattihenkilöstä

Laki terveydenhuollon ammattihenkilöistä sääntelee terveydenhuollon potilasturvallisuudesta ja palvelujen laadusta. Lisäksi se sisältää keskeiset säännökset koskien terveydenhuollon ammattihenkilön määritelmää sekä oikeutta toimia terveydenhuollon ammattihenkilönä. Laki sisältää myös säännökset ammattihenkilön yleisistä oikeuksista ja lääkärin erityisistä oikeuksista sekä säännökset molempien ryhmien velvollisuuksista.

⁷² Teoksessa *Lääkärintyö ja laki 2000*, s.225.

⁷³ HE 199/2013 vp

Lain toinen pääluku sääntelee oikeudesta toimia terveydenhuollon ammattihenkilönä. Sen lisäksi että luvusta löytyy säännökset lääkärin, hammaslääkärin, erikoislääkärin ja erikoishammaslääkärin ammattien harjoittamiseen, sisältää luku myös säännökset ammatinharjoittamisesta henkilöillä, jotka ovat saaneet koulutuksensa muualla kuin Suomessa tai joilla on muu kuin Suomen kansalaisuus.

Terveydenhuollon ammattihenkilöstä annetun lain kolmannessa luvussa säännellään yleisistä velvollisuuksista. Pääluku käsittelee terveydenhuollon ammattihenkilön yleisiä velvollisuuksia. Luku sisältää muun muassa velvoitteet potilasasiakirjojen laatimisesta, säilyttämisestä ja niihin sisältyvien tietojen salassapidosta.

Luvun 15 § käsittelee terveydenhuollon ammatti-henkilön ammattieettisiä velvollisuuksia. Yleisesti säännöksessä korostetaan terveydenhuoltotoiminnan päämäärää eli terveyden ylläpitämistä ja edistämistä, sairauksien ehkäisemistä sekä sairaiden parantamista ja heidän kärsimyksiensä lievittämistä. Lisäksi todetaan, että terveydenhuollon ammattihenkilön on toimissaan sovellettava yleisesti hyväksyttyjä ja kokemuseräisiä perusteltuja menettelytapoja koulutuksensa mukaisesti, jota pyrittävä jatkuvasti täydentämään koulutustaan. 15 § momentti 2 korostaa jälleen terveydenhuollon ammattihenkilön velvollisuutta olla ajan tasalla häntä koskevasta lainsäädännöstä:

”Terveydenhuollon ammattihenkilöllä on velvollisuus ottaa huomioon, mitä potilaan oikeuksista säädetään.”

Kuitenkin jälleen 15 § momentissa 3:

”Terveydenhuollon ammattihenkilön tulee aina antaa kiireellisen hoidon tarpeessa olevalle apua.”

Momentit 2 ja 3 ovat ristiriitaiset ohjeet lääkärintyön kannalta. Saman lain saman pykälän erimomenteissa on sisäinen ristiriita perustuen siihen, että aina lääkäri ei voi ottaa huomioon potilaan lakisääteisiä oikeuksia ja silti antaa kiireellisen hoidon tarpeessa olevalle apua.

Muita yleisiä velvollisuuksia ovat muun muassa erilaiset ilmoitusvelvollisuudet ja potilastietojen käsittelyyn liittyvät velvollisuudet. Lisäksi ammattihenkilön salassapitovelvollisuudesta säädetään erikseen pykälässä 17 §. Salassapitovelvollisuus säilyy myös ammatinharjoittamisen päättymisen jälkeen.

Lääkärin erityisistä oikeuksista ja velvollisuuksista säännellään lain neljännessä luvussa. Luvun 22 §:ssä säännellään lääkärin oikeudesta päättää potilaan tutkimuksesta, taudinmäärittämisestä ja hoidosta sekä määrätä lääkkeitä. Kyseiset tehtävät kuuluvat lain mukaan laillistetulle lääkärille, joskin lääkkeiden määräämisestä voi Sosiaali- ja terveysministeriö antaa tarkempia määräyksiä pykälän kolmannen momentin mukaisesti.

Neljännen luvun 22 §:n mukaan terveydenhuollon ammattihenkilöille annetaan yksilöintitunnus, jonka perusteella heidän antamansa lääkemääräykset voidaan yksilöidä. Lisäksi ammattihenkilöiden erityisiin oikeuksiin kuuluu lain 23 §:n mukaan mahdollisuus antaa lääkintölaillisia todistuksia ja lausuntoja, joissa ei tarvitse tehdä valallista vahvistusta silloin, kun kyseinen todistus on vahvistettu sanoilla "minkä kunniani ja omantuntoni kautta vakuutan".

2.1.4.2. Virkasuhde

Virka on käsite julkisten tehtävien kokonaisuudesta. Se perustetaan erityisessä järjestyksessä ja vastaavasti lakkautetaan myös erityisessä lainmukaisessa menettelyssä. Virat ovat siinä mielessä pysyviä ja abstraktisia, että ne pysyvät samanlaisina riippumatta siitä kuka niitä kulloinkin hoitaa. Virkaan voi sisältyä julkisen vallan käyttöä ja julkishallinnollisten tehtävien hoitamista.⁷⁴ Valtion virkasuhteesta säännellään valtion virkamieslaissa ja virkasuhteesta kuntaan tai kuntayhtymään sovelletaan lakia kunnan viranhaltijasta (304/2003).

Virka on hallintopäätökseen perustuva pysyväluonteinen erityisessä järjestyksessä perustettu kokonaisuus. Virka täyttää kulloinkin sinänsä riippumaton viranhoitaja, sillä viran rajattu tehtäväkokonaisuus ei muutu vaikka viranhoitaja vaihtuisikin. Virkamieshallinnon periaatteeseen kuuluu, että julkisen vallan käyttö voi kuulua vain virkamiehelle. Virkaan kuuluvat tehtävät sisältävät siis julkisen vallan käyttöä, ja virkaa hoitavat virkavastuulla

⁷⁴ Koskinen – Kulla 2013, s. 10 - 11.

erityisessä menettelyssä asetetut virkamiehet.⁷⁵ Virkamiehen oikeutta käyttää julkista valtaa tasapainottaa virkavastuu. Siinä missä virkamies voi säännellyn mukaisesti käyttää pakkotoimia toimintansa edellyttämällä tavalla tai puuttua yksipuolisesti yksilön oikeuksiin tai vapauksiin, toimii hän tällöin korostetulla virkavastuulla. Virkavastuu jakautuu vahingonkorvausvastuuseen sekä rikosoikeudelliseen virkavastuuseen. Lisäksi virkamiehillä on viranhoitovelvollisuus.

Kunnallinen lääkärin virkaehtosopimus on voimassa 1.3.2014 – 31.12.2017. Kyseinen sopimuskausi muodostuu kahdesta jaksosta, joista ensimmäinen 22 kuukauden jakso kestää 1.3.2014 – 31.12.2015 ja toinen 13 kuukauden jakso kestää 1.1.2016 – 31.12.2017.

Työsuhde ja virkasuhde eroavat toisistaan siinä, että virkasuhde on palvelussuhde, jossa valtio tai kunta on työnantaja ja virkamies on työntekijä. Kunnan toimiessa työnantajana työntekijää kutsutaan viranhaltijaksi. Valtion virkamiehiä ohjaa valtion virkamieslaki (750/1994) ja kuntien virkamiehiä ohjaa laki kunnallisesta viranhaltijasta sekä kunnalliset virkasäännöt. Työsopimuslakia (55/2001) sovelletaan työsuhteisiin, mutta ei virkasuhteisiin. Virkasuhteen täyttäminen tapahtuu yksipuolisesti viranomaisen päätöksellä eli virkaan nimittämällä ja nimittäminen edellyttää nimettävän henkilön suostumuksen. Vaikka kysymyksessä ei muodollisesti olekaan varsinainen sopimusneuvottelu, palvelussuhteen ehdoista voidaan sovitella, kunhan ei sovitella virkaehtosopimusta huonompaan suuntaan.⁷⁶

Virkasuhteinen lääkäri toimii virkavastuulla kaikissa virkaansa liittyvissä toimissa. Yksityisessä työsopimussuhteessa toimivaan keikkalääkäriin virkavastuu ei automaattisesti ulotu. Yksityisessä palvelussuhteessa toimivan lääkärin virkavastuu riippuu kulloisenkin tehtävän tosiasiallisesta luonteesta eli siihen sovelletaan funktionaalista erottelua. Kuitenkin keikkalääkärin päätyö jää julkisen vallan käytön ja virkavastuun ulkopuolelle.⁷⁷ Esimerkkinä virka- ja työsuhteen erojen vaikutuksista voidaan mainita esimerkiksi potilastietojen luvattomien paljastamisten yhteydessä. Tällaisissa tapauksissa virkasalaisuuden rikkomista tai tuottamuksellista virkasalaisuuden rikkomista sovelletaan ainoastaan virkasuhteessa tai työsuhteessa julkisyhteisöön olevaan lääkäriin.

⁷⁵ Husa-Pohjolainen 2008, s. 287.

⁷⁶ Husa-Pohjolainen 2008, s. 287 – 288.

⁷⁷ Pölönen 2012, s. 1157.

Viranomainen ei ole valtiosta tai kunnasta irrallinen oikeussubjekti, vaan toimialaansa liittyvistä tehtävistä vastaava toimija.⁷⁸ Virkatehtäviin kuuluu myös velvollisuus noudattaa työnjohto- ja työnvalvontamääräyksiä. Tästä säännellään virkamieslain 14 §:ssä. Määräyksellä tarkoitetaan etenkin esimiehen yksittäisissä tapauksissa antamia virkakäskyjä, mutta niillä voidaan tarkoittaa myös mielessä hallinnollisia yleismääräyksiä, kuten työjärjestystä ja johtosääntöä.

2.1.4.3. Työsuhte

Terveystieteidenhuollossa on perinteisesti ollut selkeä jako julkiseen ja yksityiseen sektoriin. Näiden erottaminen toisistaan ei ole enää yhtä yksinkertaista, koska julkisen ja yksityisen sektorin välinen yhteistyö on lisääntynyt huomattavasti. Nyt merkitystä on enemmänkin sillä, että millä perusteella työtään suorittava lääkäri on työllistynyt. Viime aikoina yksityistämisen suuntaus on ollut vallitseva trendi. Uutena vaihtoehtona on esitetty myös ajatusta, että julkiset tuottajat voisivat tuottaa palveluja yksityisille yrityksille. Tällaisia mahdollisuuksia voisivat tarjota esimerkiksi Tekonivelsairaala Coxa Oy ja Hyksin Oy.⁷⁹

Teoksessa Lääkärietiikka todetaan, että lääkärin on huolehdittava jo työsuhteesta sopiessaan siitä, ettei hänen autonomiansa päättää hoidosta ja tutkimuksesta vaarannu. Merkityksellistä on se, etteivät kenenkään taloudelliset intressit ohjaa hoitoprosessia epätarkoituksenmukaisesti.⁸⁰ Vaikka lääkärin juridiset velvoitteet eroavat jonkin verran toisistaan palvelussuhteen laadusta riippuen, lääkärillä on yksittäisessä hoitopäätöksessä aina kliininen autonomia toimia potilaan parhaaksi niin, etteivät taloudelliset seikat saa johtaa häntä epätarkoituksenmukaiseen hoitolinjaan.⁸¹ Kyseinen ajatus herättää kuitenkin kysymyksen siitä, että miksi tällaista oikeudellisesti perustettonta seikkaa täytyy korostaa. Olennaisempaa olisi pystyä erottamaan tekijät, joilla taloudellinen riippumattomuus päätöksenteossa voitaisiin tieteellisesti osoittaa. Silloin kun tämänkaltaisia eettisiä normistoja ei hyväksytä lakisääteisen ohjeistuksen alaiseksi, ei pelkkien eettisten teesien kirjaamisella voida nähdä olevan käytännön merkitystä. Merkityksellistä tässä tilanteessa onkin, että voidaanko lääkärin työ yleisesti tai esimerkiksi tietyt lääkärin tehtävät katsoa sellaisiksi

⁷⁸ Keravuori-Rusanen 2008, s. 272.

⁷⁹ Lääkärietiikka 2013, s. 210.

⁸⁰ Lääkärietiikka 2013, s. 210.

⁸¹ Lääkärietiikka 2013, s. 210.

tehtäviksi, että lääkärien tulisi aina työssään toimia virkavastuun alaisena. Tavoitteena olisi kuitenkin se, että työsuhteessa ja palvelusuhteessa toimivien lääkärien eettiset velvoitteet ovat samat, joskin työsuhteeseen vaikuttaa erilaiset kannustimet, resurssit ja potilaiden toiveet. Työnantajat valvovat lääkärien toimintaa yhtälailla yksityisellä kuin julkisellakin sektorilla.

Työsuhteissa sovelletaan työsopimuslakia. Jotta kysymyksessä on työsopimuslain mukaisesti työsuhteeksi nimitettävä oikeussuhde, täytyy seuraavien tunnusmerkkien täyttyä:

1. sopimustunnusmerkki
2. työn tekemistunnusmerkki
3. vastikkeellisuustunnusmerkki, ja
4. direktiotunnusmerkki.⁸²

Sopimustunnusmerkki täyttyy silloin, kun työntekijän ja työnantajan välillä on velvoiteoikeudelliseen sopimukseen perustuva yhteisymmärryksessä laadittu työn tekemiseen liittyvä sopimus ja siitä johtuva työsuhde. Sopimustunnusmerkki voi täyttyä myös silloin kun osapuolien välillä vallitsee hiljaisesti sovittu työsuhde. Työsopimus on syntynyt konkludenttisesti hiljaisella sopimuksella silloin, kun työnantaja sallii työntekijän työskentelyn lukuunsa.⁸³ Työsopimuslain 6 luvun 5 §:ssä säännellään työsuhteen hiljaisesta jatkumisesta. Määräaikainen työsuhde voi jatkua toistaiseksi voimassa olevana konkludenttisesti silloin, kun työnantaja sallii työntekijän jatkaa työsuhdetta yli sovitun ajanjakson.⁸⁴

2.1.4.4. Henkilöstövuokraukseen perustuva työsuhde

Poikkeuksen kahdenvälisestä sopimussuhteesta työstä sovittaessa muodostaa työvoiman vuokraus, jossa työntekijä täyttää sopimukseen perustuvan työntekovelvollisuutensa tekemällä työsuorituksen kolmannelle osapuolelle erotuksena työnantajasta. Toisin sanoen vuokratyövoimaan kuuluva henkilö ei ole palvelussuhteessa käyttäjäyritykseen. Siitäkin huolimatta vuokralääkäri työskentelee terveyskeskuksessa vastaavan lääkärin johdon ja valvonnan alaisena muun henkilöstön tavoin. Toisin sanoen vuokralääkärit tai keikkalääkärit

⁸² Tiitinen – Kröger 2012, s. 9.

⁸³ Tiitinen – Kröger 2012, s. 11.

⁸⁴ Tiitinen – Kröger 2012, s. 108.

ovat myös työsuhdeperusteisesti toimivia lääkäreitä, ainoana erotuksena se, että työn suorituspaikka voi olla heillä eri kuin työsopimussuhteisen työnantajan sijainti. Vuokralääkärin ja keikkalääkärin keskeisin ero on siinä, että keikkalääkäri tekee työnvälitystoiminnan kautta lyhytkestoisia työkeikkoja eri toimipisteissä, kun taas vuokralääkärin sopimukset ovat kestoaltaan merkittävästi pidempiä.

Meneillä olevan muutokseen liittyvässä hallituksen esityksessä vuokralääkärin asemaa käsitellään siten, että: ”Terveyskeskuksessa työskentelevä yksittäinen vuokralääkäri rinnastetaan ehdotuksessa terveyskeskuksessa palvelussuhteessa työskenteleviin lääkäreihin. Vuokralääkärin oikeudessa laatia tarkkailulähetä ja pyytää tarvittaessa poliisilta virka-apua ei ole kysymys julkisen hallintotehtävän siirtämisestä muulle kuin viranomaiselle.”⁸⁵

Asevelvollisuuteen liittyviin kutsuntoihin ja ennakoterveystarkastuksiin voi tulla kuntaliiton mukaan kysymykseen vuokralääkäri tai yksityisen terveysaseman lääkäri eikä kuntien tarvitsisi luovuttaa tehtävää varten terveyskeskuksen virkavastuulla toimivaa lääkärinä. Kuntaliiton asiantuntijakuulemisten kautta on tullut esille (PuVM 1/2007), että järjestelystä valtiolle kuuluvia kustannuksia jää käytännössä kunnille. Kyseisestä mietinnöstä käy myös esille, että kunnan roolin asevelvollisten palveluskelpoisuuden määrittämisessä tulisi olla sopimusperusteinen palvelujen tuottaja, kun kunta tällä hetkellä toimii tilaisuuden järjestäjänä. Kuntaliiton näkemys on, että asevelvollisen palveluskelpoisuuden määrittelyyn tarvittavat lääkäripalvelut kuuluvat sekä valtion järjestämisvastuulle että kustannettaviksi. Lisäksi kunnat joutuvat tällä hetkellä vastaamaan myös tehtävään kuuluvasta viranomaisvastuusta siihen liittyvine turvallisuusnäkökohtineen, vaikka kyseinen rooli kuuluisi puolustusvoimille. Kunnan järjestämisvastuun tulisi olla pelkästään työvoimanvälitys ja rahoitusvastuun tulisi jäädä puolustusvoimille.⁸⁶

Vaikkakaan aiheesta ei ole tehty kattavia tutkimuksia, palvelujen ulkoistaminen ja vuokratyövoiman käyttäminen ovat osoittautuneet useissa tilanteissa kalliiksi ratkaisuiksi. Asiantuntija-arvioiden mukaan halvimmaksi on osoittautunut kunnan itsensä järjestämät palvelut, selvästi kalleimmaksi vuokralääkäritoiminta ja niiden välille jää toimintakokonaisuuksien ulkoistaminen. Samaisten asiantuntija-arvioiden mukaan vuokralääkärin käyttö voi kalleimmillaan muodostua 4 – 5 kertaa kalliimmaksi etenkin silloin

⁸⁵ HE 335/2010

⁸⁶ PuVM 1/2007 HE

kun kysymyksessä on lyhytaikaiset kiireelliset hätätyöt. Tämä tarkoittaa rahallisesti noin 16 000 / euron kuukausikorvauksia kyseisille lääkäreille.⁸⁷

Myös vuokralääkärien kokemattomuudesta voi aiheutua ylimääräisiä kustannuksia. Näin etenkin silloin, kun kokematon vuokralääkäri lähettää potilaita epätarkoituksenmukaisiin toimenpiteisiin jatkotutkimuksiin tai erikoissairaanhoidon. Tarkastusvaliokunta korostaa sitä, että kyseiset kustannukset kaatuvat usein pienien jo ennestään taloudellisissa vaikeuksissa olevien kuntien niskaan.⁸⁸ Valiokunta uskoo, että kansantalouden taantuma tulee vielä heikentämään kunnallistalouden tilaa, ja näin ollen lisääntyvistä kustannuksista selviäminen tulee olemaan kunnille entistä vaikeampaa. Nykyinen kehityssuunta henkilöstövajeineen on, että kansalaisten on yhä enenevässä määrin turvauduttava yksityisiin palveluihin ja tästä kehityksestä kärsivät eniten heikoimmassa sosioekonomisessa asemassa olevat.⁸⁹

2.1.4.5. Opiskelija työelämässä

Lääketieteenopiskelija voi tehdä koulutustaan vastaavia toimenpiteitä terveydenhuollon palveluksessa, kun hän täyttää terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetun asetuksen (564/1994) 3 §:ssä ja 3 b §:ssä säädetyt kriteerit. Hän voi tilapäisesti toimia lääkärin tehtävissä lääkärin ammattia harjoittamaan oikeutetun laillistetun lääkärin johdon ja valvonnan alaisena.

3 § Lääketieteen opiskelijan toimiminen laillistetun lääkärin tehtävässä

Lääketieteen opiskelija, joka on suorittanut hyväksytysti yliopistojen tutkinnoista annetussa valtioneuvoston asetuksessa (794/2004) tarkoitetut, vähintään viiteen ensimmäiseen opintovuoteen kuuluvat opinnot ja jolla on suoritettujen opintojen perusteella riittävät edellytykset kyseisen tehtävän hoitamiseen, voi tilapäisesti toimia lääkärin tehtävässä, mukaan lukien päivystys, laillistetun lääkärin johdon ja valvonnan alaisena potilaan asemasta ja oikeuksista annetun lain 2 §:n 4 kohdassa tarkoitetussa terveydenhuollon toimintayksikössä tai sosiaalihuoltolain (710/1982) 24 §:ssä tarkoitettua laitoshuoltoa antavassa sosiaalihuollon toimintayksikössä.

⁸⁷ TrVM 5/2010

⁸⁸ TrVM 5/2010

⁸⁹ TrVM 5/2010

Lääketieteen opiskelija, joka on suorittanut hyväksytysti 1 momentissa mainitussa asetuksessa tarkoitetut, vähintään neljään ensimmäiseen opintovuoteen kuuluvat opinnot ja ne lääkärin peruskoulutukseen kuuluvat sen erikoisalan opintojaksot, johon kuuluvissa tehtävissä hän aikoo toimia, ja jolla on suoritettujen opintojen perusteella riittävät edellytykset kyseisen tehtävän hoitamiseen, voi toimia lääkärin tehtävässä laillistetun lääkärin johdon ja valvonnan alaisena erikoissairaanhoidon toimintayksikössä tai terveyskeskuksen vuodeosastolla. Päivystävän lääkärin tehtävässä toimimisen edellytyksenä on lisäksi, että hänellä on laillistetun lääkärin välitön johto ja valvonta.

Lääketieteen opiskelija voi opintovuosiensa perusteella toimia eri tehtävissä usein eri perustein. Tällaisia vaihtoehtoja ovat sekä opintomäärän perusteella saavutettu oikeus toimia työsuhteessa että toimiminen amanuenssina. Amanuenssi suorittaa pakollista lääketieteen lisensiaatin tutkintoon kuuluvaa harjoittelua eli on yhtä aikaa toisaalta opiskelija ja toisaalta työharjoittelija.

Lääketieteen opiskelija, jolla on suoritettuna hyväksytysti neljän ensimmäisen opintovuoden lääketieteen opinnot, voi tilapäisesti toimia lääkärin tehtävissä erikoissairaanhoidon toimintayksikössä tai terveyskeskuksen vuodeosastolla, mutta ei muutoin terveyskeskuksessa. Lisäehtona on, että suoritettuna pitää olla myös sen erikoisalan opintojaksot, johon kuuluvissa tehtävissä hän aikoo toimia. Silloin kun työskentely perustuu neljän vuoden opintoihin ja ne sisältävät päivystystä, puhutaan päivystämisestä vanhemman kollegan rinnalla. Tämä tarkoittaa sitä, että kyseinen opiskelija suorittaa päivystystä lääkärin ammattia itsenäisesti harjoittamaan oikeutetun laillistetun lääkärin välittömässä johdossa ja valvonnassa.

Amanuenssilla eli lääkäriharjoittelijalla tarkoitetaan lääketieteen opiskelijaa, joka suorittaa lääkärikoulutukseen vaadittavaa palvelua amanuenssina työ- tai virkasuhteessa. Yleensä amanuenssit ovat työsuhteessa. Amanuenssien toiminnasta ei säännellä lakien tai asetusten tasoisesti, eikä terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetun lain ja asetuksen (564/1994) säännöksiä sovelleta amanuenssin toimintaan. Amanuenssi ei siten ole terveydenhuollon ammattihenkilö, eikä Valvira ole toimivaltainen valvomaan hänen toimintaansa. Valvonnasta vastaa työnantaja ja amanuenssia ohjaava terveydenhuollon ammattihenkilö eikä amanuenssi saa missään tilanteessa olla vastuussa tai hoitaa potilaita itsenäisesti. Amanuenssille on

rekrytointivaiheessa määriteltävä harjoitteluun liittyvät tehtävät, toiminnan rajat, vastuut ja muut velvoitteet.

Erotuksena amanuenssista myös opiskelija voi tehdä työtä terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetun asetuksen (564/1994) 3 §:n nojalla tietyin edellytyksin kykyjensä mukaisesti. Vaatimuksena on se, että opiskelijalla tulee olla vähintään viiden ensimmäisen vuoden opintomäärä hyväksytysti suoritettuna. Jos tämä kriteeri täyttyy, niin silloin hän voi toimia tilapäisesti lääkärin tehtävissä erikoissairaanhoidon toimintayksikössä tai perusterveydenhuollon toimintayksikössä.

Potilaskertomukseen tehtävissä merkinnöissä pitää sosiaali- ja terveysministeriön potilasasiakirjoista antaman asetuksen (298/2009) 10 §:n mukaan olla muun muassa merkinnän tekijän nimi, asema ja merkinnän ajankohta. Kun opiskelijat tekevät merkintöjä potilaskertomukseen toimiessaan laillistetun ammattihenkilön tehtävässä terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetun lain 2 §:n 3 momentin mukaisesti, tekee hän merkinnät itsenäisesti käyttäen asemassaan merkintää ”lääketieteen kandidaatti”. Silloin kun opiskelija ei toimi ammattihenkilönä, vastaa merkinnöistä ohjaajana toimiva laillistettu ammattihenkilö. Amanuenssin merkinnöistä vastaa aina hänen ohjaajansa. Amanuenssi voi kuitenkin tehdä merkinnät itse ohjaajansa suostumuksella, kunhan ohjaaja hyväksyy ja vahvistaa merkinnät potilasasiakirjoista annetun asetuksen 6 §:n mukaisesti. Erotuksena ammattihenkilönä toimivasta kandidaatista amanuenssin on merkintöjä tehdessään merkitä asemakseen ”amanuenssi”.

Silloin kun viiden opintovuoden perusteella toimiva opiskelija toimii päivystäjänä, täytyy hänelle olla nimettynä takapäivystäjä. Takapäivystäjän on oltava lääkärin ammattia itsenäisesti harjoittamaan oikeutettu laillistettu lääkäri, hänen tulee olla aina tavoitettavissa viivytyksettä ja hänen on aina tarvittaessa saavuttava toimintayksikköön. Aika, jossa takapäivystäjän on saavuttava toimintayksikköön, on määriteltävä tilanteen mukaan sopivaksi siten, ettei potilasturvallisuus vaarannu. Kyseisen arvion tekee toimintayksikön toiminnasta vastaava ohjaaja. Tekijöitä, jotka vaikuttavat arvioon, ovat esimerkiksi toimintaolosuhteet, potilasaineisto sekä opiskelijan osaaminen ja muut valmiudet.

Vuonna 2008 julkaistussa Kuntatyönantajassa Ulla-Riitta Parikka toteaa, ettei opiskelijoiden käyttämistä päivystykseen suositella, vaan ammattihenkilöiden tulisi suorittaa päivystäminen.⁹⁰

2.2.Lääkärin palvelussuhteen perusta

2.2.1. Julkisen terveydenhuollon järjestämistä ohjaava lainsäädäntö

Kunnallisesta ja alueellista itsehallinnosta säädetään perustuslain 121 §:ssä, jonka 1 ja 2 momenttien mukaan:

”Suomi jakaantuu kuntiin, joiden hallinnon tulee perustua kunnan asukkaiden itsehallintoon.

Kuntien hallinnon yleisistä perusteista ja kunnille annettavista tehtävistä säädetään lailla.”

Samasta lainkohdasta on johdettavissa periaate, jonka mukaan lakiin on myös perustuttava valtion virkamiesten kuntiin kohdistamat valvontatoimet. Ongelmaksi on kuitenkin osoittautunut valvonnan ja itsehallinnon sisällölliset tarkemmat määrittelyt, jonka seurauksena erilaiset näkemykset erilaisine määrittelyineen ovat johtaneet erilaisiin tulkintoihin.⁹¹ Vaikkakin kunnat ovat valtiosta erillisiä itsenäisiä oikeussubjekteja, ei kunnallista itsehallintoa voi erottaa kokonaan valtion hallinnosta, vaan sitä voisi pitää esimerkiksi rajallisesti autonomisena osana kokonaishallintojärjestelmää.⁹² Kuntien autonomiaa edustaa kuitenkin esimerkiksi terveydenhuollon järjestämisen suhteen lakisääteinen järjestämisvaatimus.

Kuntalain (365/1995) 2 §:ssä säännellään kunnan tehtävistä. Kyseisen säännöksen kolmannen momentin mukaan:

⁹⁰ Kuntatyönantaja 1/2008, s. 21.

⁹¹ Ryynänen 2004, s. 43.

⁹² Ryynänen 2004, s. 45.

”Kunta hoitaa sille laissa säädetty tehtävät itse tai yhteistoiminnassa muiden kuntien kanssa. Tehtävien hoidon edellyttämiä palveluja kunta voi hankkia myös muilta palvelujen tuottajilta.”

Tämän lisäksi laissa sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta (733/1992) eli STVOL 4 §:ssä säännellään palvelujen järjestämismuodoista yksityiskohtaisemmin:

”Kunta voi järjestää sosiaali- ja terveydenhuollon alaan kuuluvat tehtävät:

- 1) hoitamalla toiminnan itse;
- 2) sopimuksin yhdessä muun kunnan tai muiden kuntien kanssa;
- 3) olemalla jäsenenä toimintaa hoitavassa kuntayhtymässä;
- 4) hankkimalla palveluja valtiolta, toiselta kunnalta, kuntayhtymältä tai muulta julkiselta taikka yksityiseltä palvelujen tuottajalta; taikka
- 5) antamalla palvelunkäyttäjälle palvelusetelin, jolla kunta sitoutuu maksamaan palvelun käyttäjän kunnan hyväksymältä yksityiseltä palvelujen tuottajalta hankkimat palvelut kunnan päätöksellä asetettuun setelin arvoon asti.”

Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, etteivät kuntalain 2 § tai STVOL 4 § riitä julkisen vallan käyttötilanteissa vaadittavaksi valtuutusperustaksi, vaan valtuutuksen on oltava nimenomainen. Merkittävän julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä ei taas voida ulkoistaa lainkaan.⁹³ Kunta voi sopimuksella määritellä, mikä kunnan viranomainen voi valvoa palvelunjärjestäjän toimintaa. Lisäksi kuntalain 74 §:n nojalla kuntien tarkastuslautakunnilla on oikeus saada haluamiaan tietoja taloudellisen näkökulman kannalta.

2.2.2. Kunnan järjestämisvastuu

Terveydenhuoltoa koskeva sääntely voidaan jakaa lähtökohdiltaan ja funktioiltaan kahteen luokkaan sen mukaan, koskeeko sääntely julkista vai yksityistä toimintaa.⁹⁴ Muun muassa

⁹³ Pölönen 2012, s. 1156 – 1157.

⁹⁴ Lohiniva-Kerkelä 2004, s. 17.

terveydenhuoltolaki, jota edelleen täydentävät kansanterveyslaki ja erikoissairaanhoitolaki, ovat lakeja, joilla on säädetty kunnan järjestämisvelvollisuudesta. Järjestämisvelvollisuudella tarkoitetaan perustuslaissa määriteltyjen riittävien terveyspalvelujen järjestämisestä, ja tällaisiksi voidaan katsoa kunnan velvollisuus järjestää asukkaansa terveydentilan edellyttämät terveyden- ja sairaanhoito kiireellisissä ja ei kiireellisissä tilanteissa, sekä kiireellinen hoito myös muille kuin oman kunnan asukkaille.

Kunnallisen itsehallinnon kannalta merkityksellinen on myös Euroopan neuvoston laatima paikallisen itsehallinnon peruskirja (SopS 66/1991), joka tuli Suomessa voimaan 1.10.1991. Tätä edelsi Euroopan neuvoston vuonna 1985 laatima päätöslauselma kunnallisen itsehallinnon peruseriaa-asteista, joka oli luonnos myöhemmästä peruskirjasta. Päätöslauselma sisälsi muun muassa nelikohtaisen artiklan 7:

- i. Kuntien valvonta saa normaalisti ulottua ainoastaan lakien noudattamiseen.
- ii. Muut valvontamuodot, jos sellaisia on, eivät missään tapauksessa saa johtaa sellaisten toimivaltuuksien merkityksen menettämiseen, joita kunnallisille alueyhteisöille on perustuslain tai lain nojalla osoitettu.
- iii. Kuntien valvontamenettelyt saadaan ottaa käyttöön ainoastaan perustuslain tai lain nojalla.
- iv. Sellaiset menettelyt saavat palvella yksinomaan muiden alueyhteisöjen tai yksittäisten kansalaisten legitiimejä intressejä. Niiden käyttämisessä on otettava huomioon, että valvontaviranomaisen puuttuminen asiaan on oikeassa suhteessa suojeltavaan intressiin.

Vaikkakaan kyseiset peruseriaa-asteet eivät tulleet samalla tarkkuudella lopulliseen paikallisen itsehallinnon peruskirjaan, ovat samat periaatteet kuitenkin yleispiirteisesti myös peruskirjassa. Rynänen mukaan luonnollinen selitys asialle on Euroopan neuvoston jäsenmaiden kirjo, joten liian yksityiskohtainen määritelmä ei olisi sopinut samalla tavoin kaikille jäsenvaltioille.⁹⁵

⁹⁵ Rynänen 2004, s. 47 – 48.

Kunnilla on perustuslain mukaisesti mahdollisuus järjestää peruspalvelunsa joko yksin, yhteistyhteistyössä toisen kunnan tai kuntayhtymän kanssa, tai ostopalveluna yksityiseltä tai julkiselta palveluntuottajalta. Ostettaessa palvelua voidaan siis käytännössä ostaa julkinen palvelu yksityiseltä palveluntuottajalta ja vaikka tällöin kunta täyttää perustuslaillisen velvollisuutensa toteuttaa peruspalvelun, ei kunnalla itsellään enää ole käytännön mahdollisuuksia vaikuttaa palveluntarjoajan käyttämään työvoimaan. Jos tällaisessa tilanteessa palveluntarjoaja käyttää toimensa muita kun virkalääkäreitä, voi kysymykseen tulla tilanne, jossa viranomaistehtävää suorittava lääkäri ei ole toimivaltainen ammatissaan, vaikka olisikin ammatillisesti pätevä. Tällaisessa tilanteessa lääkärin ammatti- ja virkamiesluonne aiheuttavat käytännön oikeustyhjiön.

Tehtävät, joihin sisältyy julkisen vallan käyttöä, ovat hoidettava virkasuhteessa. Näin säännellään kuntalain 44 §:n 2 momentissa. Hallituksen esityksessä⁹⁶ laiksi kunnallisesta viranhaltijasta ja laiksi kuntalain muuttamisesta todetaan, että julkista valtaa käytetään ensinnäkin tehtävissä, joissa tehtävän suorittaja voi lakiin perustuvan toimivaltansa perusteella yksipuolisesti päättää toisen edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta. Esimerkkeinä kyseisistä tehtävistä mainitaan sosiaalityöntekijän työtehtävät hänen tehdessään yksittäistä henkilöä koskevan toimeentulotuen myöntämispäätöksen sekä tehtävät, jotka liittyvät oppilaitoksen oppilaaksi ottamiseen, kurinpitoon, oppilasarvosteluun ja tutkintojen hyväksymiseen. Vaikka kunnan järjestämässä terveydenhuollossa onkin kyse julkisen tehtävän hoidosta, ei tavanomainen potilaan hoito yleensä sisällä julkista valtaa. Vastaavasti lääkärin tehtäviin voi sisältyä sellaista potilasta koskevaa tosiasiallista toimintaa tai hallinnollisorganisatorista päätöksentekoa, joka on katsottava julkisen vallan käytöksi.

Edelleen kuntalain 44 §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa todetaan, että julkista valtaa käytetään myös tehtävissä, joissa tehtävän suorittaja voi lakiin perustuvan toimivaltansa nojalla yksipuolisesti antaa toista velvoittavan määräyksen tai muulla tavalla tosiasiallisesti puuttua toisen etuun tai oikeuteen. Tällaisesta on kysymys silloin, kun henkilöllä on oikeus antaa yksilöä tai yhteisöä koskevia määräyksiä kuten virkakäskyjä tai oikeus päästä kotirauhan piiriin kuuluviin tiloihin taikka suorittaa toisen omaisuuden kohdistuvia toimenpiteitä muiden suurempien vahinkojen välttämiseksi. Myös tehtävään, joka sisältää

⁹⁶ HE196/2002 vp

esittelyä kunnallisessa päätöksentekoprosessissa, voi sisältyä julkisen vallan käyttöä. Tämä johtuu esittelijänvastuusta etenkin silloin, kun esittelijä ei ole jättänyt päätökseen eriävää mielipidettä. Aina kun päätöksen kohteena olevan asian katsotaan olevan sellainen, että päätöksenteossa on kyse julkisen vallan käytöstä, myös esittelijän katsotaan käyttävän julkista valtaa. Perustuslakivaliokunta otti lausunnossaan kantaa kuntalain muotoiluun. Sen mukaan muotoilu ei ole ongelmallinen perustuslain kannalta, edellyttäen, että julkisen vallan käsite tulkitaan riittävän laajasti ja että virkasuhdetta käytetään silloinkin, kun henkilön tehtäviin kuuluu vain vähäisessä määrin julkisen vallan käyttöä.⁹⁷

2.2.3. Tilaaaja-tuottaja -malli

Julkisessa terveydenhuollon järjestämisessä käytetään usein niin sanottua tilaaja-tuottaja-mallia, joka tarkoittaa tiivistetysti sitä, että tilaaja- ja tuottajafunktiot ovat erotettu toisistaan. Tilaaaja-tuottaja -mallin neljä keskeistä toimijaa ovat⁹⁸:

1. toimeksiantajat
2. palveluiden tilaajat
3. palveluiden tuottajat, ja
4. palveluiden loppukäyttäjät eli potilaat.

Lisäksi viidentenä ryhmänä mallissa vaikuttavat toiminnan säätelijät, jotka säätelevät toiminnan normatiivista ympäristöä. Tällaisia ovat esimerkiksi lainsäätäjät, poliittisia linjauksia tekevät toimielimet ja järjestöt sekä käytännön toiminnasta päätöksiä tekevät tahot, kuten ministeriöt ja ammattiliitot.

Toimeksiantajana mallissa toimivat kunnat, jotka vastaavat kuntalaistensa lakisääteisten palvelujen järjestämisestä ja mahdollisista tahdonvaraisista lisäpalveluista. Kunnat osoittavat myös palveluihin tarvittut resurssit.⁹⁹

⁹⁷ PeVL 64/2002 vp

⁹⁸ Lillrank – Haukkapää-Haara 2006, s. 14.

⁹⁹ Lillrank – Haukkapää-Haara 2006, s. 15.

Tilaajana toimii hankintatoimen ammattilainen, jolle toimeksiantaja on tehtävän osoittanut. Kysymyksessä voi olla henkilö, yksikkö tai organisaatio. Tilaaajan tehtävänä on toteuttaa toimeksiantajan määrittelemät tavoitteet terveydenhuollon poliittiset ja oikeudelliset näkökohdat huomioiden.¹⁰⁰

Tuottajia ovat palveluja järjestävät tahot. Järjestäjinä voivat toimia julkisen tai yksityisen sektorin toimijat ja ne voivat olla organisatorisesti julkishallinnollisia, liikelaitoksia tai osakeyhtiöitä tai osia niistä. Tärkeintä on kuitenkin se, että ne ovat päätöksenteollisesti itsenäisiä ja voivat sen myötä päättää itsenäisesti myös toiminnallaan ansaitsemansa tuloksen käytöstä. Lisäksi tuottajien tulee olla markkinaorientoituneita ja tuotannollisesti tehokkaita.¹⁰¹

Loppukäyttäjänä mallissa on toiminnan kohde eli potilas. Mallin tavoite on, että potilas on myös mallin tärkein edunsaaja. Edunsaajina voidaan pitää myös esimerkiksi potilaan omaisia ja työnantajaa.¹⁰²

2.2.4. Palveluseteli

Eräs palvelujen käyttömuotoja laajentava instrumentti on palvelusetelin käyttö. Palvelusetelille ei ole olemassa yleispätevää määritelmää. Palveluseteliä voisi kuvailla käyttötarkoitukseltaan rajatuksi ostovoimaksi, jonka perusteella julkisyhteisö valtuuttaa asiakkaansa huolehtimaan järjestämisvastuulleen kuuluvasta asiasta asiakkaan itsensä parhaaksi katsomalla tavalla. Palveluseteli sisältää ennalta määrätyn määrän lääkärin määräämää palvelua, josta asiakkaalle jää mahdollisesti vastuulleen omavastuuosa. Näin ollen palvelusetelistä puhuttaessa puhutaan enemmänkin palvelujen vallinnanvapaudesta eikä niinkään omasta palvelumuodostaan.¹⁰³

Palvelusetelin voidaan katsoa edustavan viime vuosikymmeninä vallinnutta New Public Management- oppia, jota voidaan kutsua myös uudeksi julkisjohtamiseksi. Samassa yhteydessä voidaan puhua eräästä yksityistämisen kärki-instrumentista kuin myös keinosta järjestää uudelleen julkisen ja yksityisen välistä vastuunjakoa.¹⁰⁴ Palvelusetelin ja julkisen

¹⁰⁰ Lillrank – Haukkapää-Haara 2006, s. 15.

¹⁰¹ Lillrank – Haukkapää-Haara 2006, s. 15.

¹⁰² Lillrank – Haukkapää-Haara 2006, s. 16.

¹⁰³ Uotinen 2009, s. 13 -14.

¹⁰⁴ Uotinen 2009, s. 14.

vallan käytön välillä ei ole lähtökohtaisesti ongelmaa, koska palvelusetelin käyttö edellyttää käyttäjältään, joko kykyä käyttää itsenäisesti valinnanvapauttaan, tai vaihtoehtoisesti edustajaa tai edunvalvojaa, jonka kanssa voidaan yhteisesti sopia käyttäjän edusta. Ongelmallisempaa palvelusetelin käytön kannalta on, että sen käytöstä voi muodostua toimintamalleja, joissa valinta palveluntuottajasta ja palvelun yksityiskohdista tehdään asiakkaan puolesta. Tämä ei ole palvelusetelin tarkoitus.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Uotinen 2009, s. 16 – 17.

3. Julkisen vallan käyttö lääkärin ammatissa

3.1. Terveysthuoltoon liittyvä hallintoasian käsittely

Tahdosta riippumattomista toimenpiteistä päätettäessä on kysymys hallintoasian käsittelystä ja siihen sovelletaan hallintolain (434/2003) säännöksiä. Ensimmäisessä noudatetaan lakia sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista (812/2000) eli sosiaalihuollon asiakaslakia, joka täydentää hallintolakia. Erityislainsäädäntöä noudatetaan sikäli kun se poikkeaa hallintolaista tai sosiaalihuollon asiakaslaista.

Hallintolainkäyttölain (586/1996) 4 § ja 5 § pykälien mukaan hallintoasiassa saa valittaa sen mukaan kuin laissa säädetään. Valitusoikeus ja valitusosoitus liittyvät tiettyyn tehtyyn päätökseen eli valitusoikeutta ei ole liittyen tosiasialliseen julkisen vallan käyttöön tai muuhun hallintotoimintaan liittyen, josta varsinaista hallintopäätöstä ei tehdä. Valitukseen oikeuttava päätös voi kuitenkin olla myös tutkimatta jättämispäätös.

Terveysthuoltoa koskeva lainsäädäntö on hajallaan useissa eri laeissa joista valtaosa on erityislakeja. Sääntelyn peruslähtökohtien voidaan katsoa olevan aina palautettavissa potilaaseen ja potilaan asemaan ja oikeuksiin. Lainsäädännön kokonaisuudet voidaan jakaa karkeasti pääluokkiin esimerkiksi seuraavalla tavalla¹⁰⁶:

- 1) lainkohdat, jotka sääntelevät palvelujen järjestämisvelvollisuutta ja tuottamista,
- 2) lainkohdat, jotka sääntelevät terveysthuollon ammattihenkilöiden toimintaa, ja
- 3) lainkohdat, jotka sääntelevät potilaan asemaa ja oikeuksia.

Lääkärin tehtävän määritelmä perustuu ajatukselle, että lääkäri on työnsä puolesta pyrkimään hoitamaan potilaansa parhaalla mahdollisella ammattinsa ja lääketieteen viimeisimmällä keinolla yhteistyössä potilaan kanssa. Yhteiskuntakehityksen myötä lääkärin työkalujen määrä ja hoitomuotojen määrä on saavuttanut pisteen, jossa voi olla vaikea määrittellä henkilökohtaisten mieltymysten suhdetta hoitokeinojen tehokkuuteen tai vastaavasti

¹⁰⁶ Lohiniva-Kerkelä 2004, s.16.

kysymykseen siitä, että kokeeko potilas tietyt hoitokeinot tehokkaammiksi verrattuna toisiin tai kuinka paljon potilas voi vaikuttaa itse hoitokeinoja päätettäessä perustuen omiin mieltymyksiinsä.

Eräs johtavista oikeudellisista periaatteista suomalaisessa oikeusjärjestelmässä on virallisperiaate. Virallisperiaatteen funktiona voidaan nähdä oikeusvaltorakenteen ylläpito oikeusturvanäkökulmineen. Virallisperiaatteen mukaisesti terveydenhuollon julkista valtaa käyttävän osan on lakisääteisesti perustuttava virkasuhtein perustettuun hoitotoimintaan. Kuitenkin kunnille on lakisääteisesti mahdollistettu hoitotoiminnan järjestäminen eri perusteiden mukaan¹⁰⁷. Täten kunnan toimiessa perustamisen kannalta laillisesti, kunta voi tulla muodostaneeksi tilanteen jossa ammatillisesti pätevä lääkäri ei kykene tekemään Lääkäriliiton mukaisesti normaaleja toimenpiteitään toimivaltaulottuvuuden puuttuessa. Viranomaistoiminnan periaatteelliset ulottuvuudet ovat alueellinen, asteellinen ja asiallinen, ja niiden on aina täyttyvä etenkin julkista valtaa käytettäessä. Jaakko Husa muistuttaa julkisen vallan käyttöön liittyvässä oikeustapauskommentaarissaan: ”Niille kritikoille, jotka pitävät mahdollisesti asetettua toimivaltakriteeriä liian tiukkana, voi todeta, ettei vaatimus ole itse asiassa mitenkään vieras: kun käytetään syvälle perusoikeuteen ulottuvaa valtaa, on tarpeen myös kysyä, täyttyvätkö aineellisten kriteerien lisäksi myös ne muodolliset kriteerit, joita moitteeton menettely asiassa edellyttäisi. Vaatimus siitä, että viranomaisella tulee olla asiallinen, asteellinen ja alueellinen toimivalta ei todellakaan ole mikään uusi keksintö, vaan yleishallinto-oikeuden peruslähtökohtia.”¹⁰⁸

Julkisen vallan käytön käsitteen sisältöä ei ole tarkemmin määritelty hallintolakia edeltäneessä hallintomenettelylaissa (598/1982). Lain soveltamisalan ulkopuolelle on kuitenkin perustelujen mukaan ollut tarkoitus rajata

- 1) viranomaisten tekemät yksityisoikeudelliset oikeustoimet
- 2) tosiasiallinen hallintotoiminta, ja
- 3) tosiasialliseen julkisen vallan käyttöön liittyvät toimet

¹⁰⁷ Kuntalain 2 § momentin 3 mukaiset järjestämistavat.

¹⁰⁸ Husa 2012, s. 958.

Matti Niemivuo lisää vielä, että julkisen vallan tosiasiallinen käyttäminen voi ilmetä myös ilman oikeudellisessa mielessä tehdyn muodollisen hallintopäätöksen tekemistä.¹⁰⁹

Niemivuon mukaan hallintolakia sovelletaan osittain myös muuhun viranomaistoimintaan. Esimerkkeinä tällaisista toiminnoista hän mainitsee opetustoiminnan ja erilaiset hoitotoimenpiteet. Lisäksi tosiasialliseen hallintotoimintaan voi liittyä myös julkisen vallan käyttöä, kuten poliisin antaessaan käskyjä tai kieltoja silloin, kun niihin ei kuulu edeltäviä käsittelytoimia tai rakennustarkastajan antaessaan määräyksiä.¹¹⁰

Julkisen vallan käytön käsitteen eräänä tunnusmerkkinä voidaan pitää sitä, että hallinnon asiakkaalla ei ole mahdollisuutta vaikuttaa päätöksenteon sisältöön.¹¹¹ Tällä seikalla on nähty olevan merkitystä esimerkiksi lääkemääräyksen liittyen. Koska lääkäri tekee lääkemääräyksen perustuen asiasta sopimiseen yhdessä potilaan kanssa, ei lääkemääräyksen antamisen katsota sisältävän julkisen vallan käyttöä.¹¹²

Yksilöä koskevaa sairaanhoitopäätöstä ei ole tarkoitettu valituskelpoiseksi. Jos näin olisi, soveltuisi siihen hallintovalitus luontevimmin, koska viranomaisen toimivalta perustu erityislainsäädäntöön. Verrattaessa kunnallisvalitusta ja hallintovalitusta toisiinsa, hallintovalitus on tarkoitukseltaan yksityisen häntä koskeva oikeusturvakeino häntä koskevassa asiassa, kun taas kunnallisvalitus on kuntalaisen valvontakeino kunnan viranomaisen päätökseen.¹¹³

3.2. Julkisen vallan käyttöä sisältävät tehtävät

3.2.1. Potilaan eristämistä vaativat toimenpiteet

Normaalin terveydenhuollon hoitotoimenpiteiden ei ole katsottu kuuluvan julkisen vallan käytön piiriin.¹¹⁴ Sen sijaan julkisen vallan käyttöä sisältyy useisiin erilaisiin toimenpiteisiin.

¹⁰⁹ Niemivuo 2010, s. 92.

¹¹⁰ Niemivuo 2010, s. 101.

¹¹¹ Niemivuo 2010, s. 101.

¹¹² Oikeustapausta (KKO:2008:78) on käsitelty tutkielman kappaleessa 3.2.2. *Muut tilanteet liittyen potilaan oikeuksista ja eduista päättämiseen.*

¹¹³ Liljeström 1998, s. 132 – 133. Katso myös Hallberg teoksessa Hallintolainkäyttölaki 1997, s.75.

¹¹⁴ Pölönen 2012, s.1157.

Tahdosta riippumaton hoitoa koskevat muutoksenhakuoikeudet ovat kirjattu lakeihin mielenterveyslaki (1116/1999), päihdehuoltolaki (41/1986), tartuntatautilaki (583/1986) ja kehitysvammaisten erityishuollosta annettu laki (519/1977).

Rauhattoman, sekavan tai väkivaltaisen ihminen aiheuttamat häiriötilanteet ovat yleisiä somaattisen terveydenhuollon yksiköissä. Tällaisissa tilanteissa toimintayksikön henkilökunta joutuu usein turvautumaan esimerkiksi potilaan eristämiseen, hänen omaisuutensa haltuun ottamiseen, hänen sitomiseensa tai hänen lääkitsemiseensä vastoin hänen tahtoaan. Näin voidaan joutua toimimaan joko potilaan oman terveyden tai turvallisuuden taikka toisen henkilön terveyden tai turvallisuuden takaamiseksi. Tällaisissa tilanteissa sovelletaan rikoslain hätävarjelua ja pakkotilaa koskevia säännöksiä, joka on sekä potilaan että henkilökunnan oikeusturvan kannalta riittämätöntä.¹¹⁵

Pakkokeinoja sisältyy muun muassa tartuntatautilain 17 ja 18 §:iin. Niillä säädetään yleisvaaralliseen tartuntatautiin sairastuneen eristämisestä sairaanhoitolaitokseen. Tällöin välttämätön hoito voidaan suorittaa eristetylle hänen tahdostaan riippumatta. Laissa tarkoitettu kunnan toimielin voi tehdä päätöksen enintään kahdeksi kuukaudeksi kerrallaan. Kuitenkin käytännössä eristämisestä voi päättää terveyskeskuksen tartuntataudeista vastaava lääkäri, silloin kun kysymys on kiireellisestä asiasta, ja tämä päätös on heti alistettava kunnan toimielimen vahvistettavaksi. Tartuntatautilain mukaisessa eristämisessä on kysymys perustuslain 7 §:n 3 momentissa tarkoitettusta vapauden menettämisestä. Tällöin toimi, jolla kyseinen käytäntö pannaan täytäntöön, on selkeästi voimakasta puuttumista yksilön perusoikeuksiin ja sisältää näin ollen jopa merkittävää julkisen vallan käyttöä.

Tartuntatautilaissa julkisen vallan käyttönä voidaan pitää myös karanteeniin määraamistä koskevaa 15 a §:n 1 momenttia, jonka mukaan terveyskeskuksen tartuntataudeista vastaava lääkäri voi kiireellisessä tapauksessa tehdä kyseisen päätöksen sekä lain 16 §:n 1 momenttia, jonka mukaan terveyskeskuksen tartuntataudeista vastaava lääkäri voi muun muassa antaa yleisvaaralliseen tartuntatautiin sairastuneen tai sairastuneeksi perustellusti epäillyn tutkimusta koskevia määräyksiä.

¹¹⁵ Eoak 711/2009 s.27.

Myös tartuntatautilain 16 §:n 2 momentti ja lain 20 §:n 4 momentti sisältävät säännökset, joiden perusteella terveyskeskuksen tartuntataudeista vastaava lääkäri voi kiireellisessä tapauksessa määrätä henkilön olemaan poissa ansiotyöstään sekä lain 16 §:n 3 momentti, jonka mukaan lääkäri voi kiireellisessä tapauksessa määrätä henkilön olemaan poissa oppilaitoksesta tai päivähoitopaikasta. Lisäksi laissa on myös säännelty virka-avun pyytämisestä poliisilta 39 §:ssä ja tämän katsotaan myös sisältävän julkisen vallan käyttöä.

Päihdehuoltolaki sisältää myös säännöksiä, jotka antavat mahdollisuuden ryhtyä sellaisiin lääkärin tehtäviin, jotka sisältävät julkisen vallan käyttöä. Päihdehuoltolain 11 §:n mukaan henkilö voidaan määrätä hoitoon tahdostaan riippumatta terveysvaaran perusteella enintään viideksi vuorokaudeksi. Toimintaa on jälleen pidettävä julkisen vallan käyttönä, koska henkilökohtaiseen vapauteen puuttuminen on ilmeistä. Samaisen lain 26 §:n mukainen tahdostaan riippumatta hoitoon määrätyn henkilön eristäminen merkitsee niin ikään puuttumista henkilökohtaiseen vapauteen. Myös eristämistä koskeva päätös on julkisen vallan käyttöä. Päihdehuoltolain 27 §:ssä säädetään lisäksi pakotteista ja rajoituksista, joilla voidaan puuttua tahdosta riippumatta hoitoon määrätyn henkilön perusoikeuksiin. Säännöksen mukaan on mahdollista esimerkiksi aineiden ja esineiden haltuunotto, henkilöntarkastus sekä postin tai lähetyksen tarkastaminen. Tällaisetkin pakotteet ja rajoitukset sekä niistä päättäminen ovat julkisen vallan käyttöä.

3.2.2. Muut tilanteet liittyen potilaan oikeuksista ja eduista päättämiseen

Silloin kun on kysymyksessä tilanne, jossa jostain syystä potilaan omiin somaattista hoitoa koskeviin toiveisiin ei voida luottaa, on lääkärin velvollisuutena hoitaa potilasta parhaalla mahdollisella tavalla. Kyseisiä tilanteita voivat olla esimerkiksi tajuttomuus, sekavuus ja myös vakavat mielenterveyden häiriöt, kuten psykoosit. Tällöin on arvioitava toisaalta potilaan kyky ymmärtää päätöksiensä merkitys ja toisaalta somaattisen hoidon tarpeen välttämättömyys. Jos potilaan päätöksentekokyky on heikentynyt ja tilanteeseen liittyy välitön uhka, somaattisesta hoidosta vastaava lääkäri tekee päätöksen hoidosta. Potilas voi olla yhtä aikaa sekä tahdosta riippumattomassa psykiatrisessa hoidossa että somaattisessa hoidossa.¹¹⁶

¹¹⁶ Pylkkänen teoksessa Lääkärintyö ja laki, 2000. s. 221 – 223.

Myös lääkintälaillisten todistusten antamiseen voi liittyä julkisen vallan käyttöä. Tällaisia lausuntoja ovat esimerkiksi mielenterveyslain mukaiset lausunnot sekä lausunnonantajalääkärinä toimiminen raskauden keskeyttämistä koskevista asioista.

Lääkemääräyksen antamiseen liittyvästä julkisen vallan käyttämisestä on korkeimman oikeuden päätös. Tapauksessa (KKO:2008:78 taltio 1590) korkein oikeus otti kantaa siihen, että sisältääkö lääkemääräyksen antaminen julkisen vallan käyttöä.

Kyseisessä tapauksessa henkilö oli vaatinut terveyskeskuslääkärää uusimaan hänen lääkemääräyksensä ja vaatimusta tehostaakseen uhannut väkivallalla. Lääkemääräyksen antamiseen ei katsottu sisältävän julkisen vallan käyttöä ja näin henkilön ei katsottu syyllistyneen virkamiehen väkivaltaiseen vastustamiseen.

Päätöksen perusteluissa KKO selosti ratkaisun perusteita. Jotta kysymyksessä olisi virkamiehen väkivaltainen vastustaminen, on RL 16:1:n soveltumisedellytyksenä se, että väkivallan käyttäminen tai sillä uhkaaminen liittyy julkisen vallan käyttöä sisältävään virkatoimeen. RL 40:11:n 5 momentin mukaan julkista valtaa käyttävällä henkilöllä tarkoitetaan:

”a) sitä, jonka tehtäviin lain tai asetuksen nojalla kuuluu antaa toista velvoittava määräys tai päättää toisen edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta taikka joka lain tai asetuksen nojalla tehtävässään tosiasiallisesti puuttuu toisen etuun tai oikeuteen, sekä

b) sitä, jonka lain tai asetuksen nojalla taikka viranomaiselta lain tai asetuksen nojalla saadun toimeksiannon perusteella kuuluu osallistua a kohdassa tarkoitetun päätöksen valmisteluun tekemällä päätösesitys tai -ehdotus, laatimalla selvitys tai suunnitelma, ottamalla näyte tai suorittamalla tarkastus taikka muulla vastaavalla tavalla;”

Laissa terveydenhuollon ammattihenkilöstä 22 § 2 momentin mukaan laillistetulla lääkärillä on oikeus määrätä apteekista lääkkeitä lääkinnällistä tarkoitusta varten noudattaen, mitä siitä erikseen säädetään tai määrätään. Koska lääkäri lääkemääräystä antaessaan päättää määräyksen saajan oikeudesta, katsoi KKO, että tämä sinänsä puoltaisi lääkemääräyksen

antamisen katsomista RL 16:1:ssä tarkoitetun julkisen vallan käyttämiseksi. Kuitenkin tätä vastaan on näkemys siitä, että lääkäri päättää potilaan hoitoon liittyvistä seikoista yhteisymmärryksessä potilaan kanssa. Näin ollen lääkemääräyksen antamista on katsottava osana hoitosuhteen tavanomaista hoitotoimintaa, eikä siihen yleensä sisälly varsinaista julkisen vallan käyttöä. Tämän seurauksena hallinto-oikeuden tuomio jäi pysyväksi ja henkilö tuomittiin laittomasta uhkauksesta eikä virkamiehen väkivaltaisesta vastustamisesta. Ratkaisu ei ollut yksimielinen.

Eri mieltä olleet puolsivat näkemystä, jonka mukaan lääkäri lääkemääräystä antaessaan päättää lääkemääräyksen saajan oikeudesta ja näin ollen käyttää aina julkista valtaa lain ja asetuksen nojalla rikoslain tarkoittamassa merkityksessä. Lisäksi perusteluissa ei pidetä merkityksellisenä sitä, että työskenteleekö lääkäri yksityisen palveluksessa vai virkasuhteessa.

Tilanteesta monimutkaisen tekee se, että KKO ei oikeastaan olisi voinut päätyä eriävän mielipiteen mukaiseen päätökseen. Jos näin olisi käynyt, olisi joko kaikkien muiden kuin virkasuhteessa olevien lääkäreiden lääkemääräysoikeus lakkautettava tai vaihtoehtoisesti päätös olisi merkinnyt sitä, ettei yksityisen ja julkisen palvelussuhteen eroa erotettaisi toisistaan ja sillä olisi vielä kauaskantoisemmat ja ongelmallisemmat seuraukset. Tämä johtuu siitä, että jos palvelussuhteen laatu ei olisi merkittävä tekijä viranomaisen väkivaltaisen vastustamisen yhteydessä vaan kyseinen viranomaisuus voitaisiin johtaa tällä tavoin lääkemääräyksiin liittyvästä lainsäädännöstä, olisi kaikki lääkärit aina palvelussuhteesta huolimatta viranomaisia lääkkeitä määrätessään. Jos taas näin ei olisi, muut kuin virkalääkärit eivät voisi enää määrätä lääkkeitä ja tämä varmasti vaikeuttaisi työntekoa merkittävästi.

Toisinaan rajanveto voi olla ongelmallista, kuten esimerkiksi raskauden keskeyttämisessä. Raskauden keskeyttämisestä säädetyn lain (239/1970) 8 § mukaan:

”Lausunnonantajalääkärinä voi toimia jokainen valtion, kunnan tai kuntainliiton palveluksessa oleva lääkäri taikka terveydenhuollon oikeusturvakeskuksen määräämä muu lääkäri.

Raskauden keskeyttäminen suoritetaan terveydenhuollon oikeusturvakeskuksen tähän tarkoitukseen hyväksymässä sairaalassa (*keskeyttämissairaala*).

Suorittajalääkärinä voi toimia jokainen sanotun sairaalan palveluksessa oleva laillistettu lääkäri.”

Rauenneessa hallituksen esityksellä¹¹⁷ kyseinen säännös olisi muutettu muotoon:

”Lausunnonantajalääkärinä voi toimia laillistettu lääkäri.

Raskauden keskeyttäminen suoritetaan Sosiaali- ja terveysalan lupa- ja valvontaviraston tähän tarkoitukseen hyväksymässä sairaalassa. Suorittajalääkärinä voi toimia jokainen sanotun sairaalan palveluksessa oleva laillistettu lääkäri.

Lääkəriin sovelletaan rikosoikeudellista virkavastuuta koskevia säännöksiä hänen hoitaessaan 6 §:n 2 momentissa tarkoitettuja tehtäviä silloinkin, kun lääkäri ei ole virkasuhteessa valtioon, kuntaan tai kuntayhtymään. Vahingonkorvausvastuusta säädetään vahingonkorvauslaissa (412/1974).”

Vaikka esitys on rauennut, on siinä hyvin nähtävillä sekä haasteet säännöksen muotoilun suhteen että tämänhetkisen tilanteen palvelusuhteen muodostamat ongelmat säännöksiä laatimiselle. Lisäksi huomioitavaa on, ettei tilanteessa todennäköisesti ole kannattavaa tehdä yksityiskohtaisia näennäisiä muutoksia, vaan tilanteeseen on saatava kestävämpi ratkaisu isommilla linjanvedoilla.

3.3. Mielenterveyslain mukainen tahdonvastainen hoitotoiminta

Etenkin tahdosta riippumattomista toimenpiteistä päätettäessä merkittävä periaate on laajentavan tulkinnan kielto. Yksilön oikeusturvan kannalta on tärkeää, että henkilökohtaista vapautta, koskemattomuutta ja itsemääräämistä rajoittavia toimenpiteitä tulkitaan suppeasti ja ihmisoikeusmyönteisesti. Periaatetta täydentää myönteisen tulkinnan ensisijaisuus tahdosta riippumattomien toimenpiteiden kannalta. Periaate sisältää tapauskohtaisen yksilöllisen eettisen ja moraalisen harkinnan elementit.¹¹⁸ Lainsäädännössä riittävät ja tarpeelliset toimenpiteet, seuranta, toimenpiteet lopetettava välittömästi kun ei enää tarpeellista.

Itsemääräämisoikeudesta

¹¹⁷ HE 335/2010 vp

¹¹⁸ Tuori 2004, s. 165 – 166.

Tahdosta riippumattomissa toimenpiteissä keskeinen sija niin lainsäädännössä kuin käytännössäkin on *itsemääräämisen periaatteella*. Itsemääräämisen periaate sekä *henkilökohtainen koskemattomuus* ovat johdettavissa perustuslain 7.1 §:stä, jonka mukaan:

”Jokaisella on oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen.”

Henkilökohtaisen vapauden voidaan katsoa olevan eräänlainen yleisperusoikeus¹¹⁹, joka sisältää itsemääräämisoikeuden lisäksi sekä fyysisen koskemattomuuden että myös yksilön tahdonvapautta. Henkilökohtainen itsemääräämisoikeus tai fyysinen koskemattomuus eivät kuitenkaan ole ehdottomia. Perustuslain 7.3 §:n mukaan kyseisiin oikeuksiin kajoaminen ei saa olla mielivaltaista ja sen tulee perustua lakiin. Tämä vaatimus koskee sekä toimeenpanevia viranomaisia että lainsäätäjää.¹²⁰ Kansainvälisistä Suomea velvoittavista ihmisoikeussopimuksista itsemääräämisoikeus löytyy muun muassa KP-sopimuksen 6, 9 ja 10 artikloista sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 2(1) sekä 3 artikloista.

Itsemääräämisoikeuden eräs keskeisistä ongelmista on se, että milloin yksilöllä voidaan katsoa olevan kyky itsemääräämiseen. Ongelmia aiheuttaa esimerkiksi itsemääräämiskyvyn rajan määrittäminen, suostumus- ja kuulemisperiaatteiden soveltaminen sekä muutoksenhakuun liittyvät ongelmat silloin kun itsemääräämiskyky on todettu puutteelliseksi.¹²¹

Välittömästi toteutettavaan hoitoon on lainsäädännöllisesti vahvistettu oikeus vain kiireellisissä tapauksissa.¹²² Subjektiivisen kiireellisen hoidon käänköpuoli on tarveharkinta, jonka mukaisesti muissa kun kiireellisissä tilanteissa joudutaan päättämään toteutettavista toimenpiteistä resurssiperusteisesti. Tällaisenkin päätöksenteon on täytettävä yhdenvertaisuusnäkökulmat ja noudatettava muutenkin hyvän hallinnon periaatteita. Näin ollen päätöksenteon on perustuttava johonkin ennalta asetettuun suunnitelmaan ja resurssit on pyrittävä jakamaan tasaisesti niin henkilöllisesti, ajallisesti kuin eri tarpeidenkin mukaan. Tuorin mukaan etusijajärjestyksiä pohditaan terveydenhuollon priorisointikeskusteluissa,

¹¹⁹ HE 309/1993 vp. s. 46.

¹²⁰ HE 309/1993 vp. s. 48.

¹²¹ Kotkas – Tuori 2008, s. 416.

¹²² Tuori 2004, s. 172.

joissa eri hoitomuotojen ja hoitotarpeiden keskinäisiä suhteita arvioidaan.¹²³ Priorisointikeskustelua käydään hallinnon eri tasoilla ihmisoikeussopimuksista, lainsäätäjän kautta kunnallisiin päättäjiin ja viime kädessä yksilöllisten hoitopäätösten kohdalla.

3.4. Oikeusasiamiehen kannanotto

”Kuntien puutteellinen ohjaus ja valvonnan rakenteissa tapahtuneet suuret muutokset sekä voimavarojen niukkuus ovat vaikuttaneet valvonnan puutteisiin.”¹²⁴ Lainsäädännön puute sekä ongelmat terveydenhuollon ohjauksessa ja valvonnassa ovat vahvistaneet oikeusasiamiehen kannanottojen asemaa tällä sektorilla.

Perusoikeusuudistuksen myötä oikeusasiamiehen suorittama laillisuusvalvonta koskien sosiaalisten ja terveydenhuoltoon liittyvien perusoikeuksien toteutumisen valvonta ja siihen liittyvät kantelut ovat lisääntyneet. Ratkaisussaan oikeusasiamies on joutunut arvioimaan muun muassa lainsäädännön riittävyyttä ja asianmukaisuutta kuin myös oikeuksien toteutumista ja siihen liittyvän valvonnan merkitystä. Perusoikeusuudistuksen yhteydessä voidaan puhua murroksesta, jossa terveydenhuollon yksilökeskeinen näkökulma voimistui huomattavasti.¹²⁵

Eduskunnan oikeusasiamiehen tehtävänä on toimia ihmisten perus- ja ihmisoikeuksien turvaajana Suomessa. Tästä huolimatta kyseisen instituution asemaa on harvoin tarkasteltu oikeuskirjallisuudessa.¹²⁶ Oikeuskanslerin ohella oikeusasiamies on eräs maan ylimmistä laillisuusvalvojista, ja hänen tehtävänsä ovat määritelty perustuslaissa. Oikeusasiamiehen ratkaisut eivät ole kuitenkaan syytemääräyksiä lukuun ottamatta viranomaisten toimintaa sitovia, vaikkakin oikeusasiamiehen ratkaisulla voi tosiasiallisesti olla huomattavia vaikutuksia.¹²⁷

Paunio mukaan eräs keskeisimmistä kantelun aiheista on joutuisuuden puute. Esimerkkejä tällaisesta ovat muun muassa julkisten tehtävien kirjo laidasta laitaan: kantelut saattavat

¹²³ Tuori 2004, s. 172.

¹²⁴ Paunio teoksessa Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen 2012, s.50. Katso myös STM 8/2012 terveydenhuollon valvontaryhmän mietintö.

¹²⁵ Paunio teoksessa Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen 2012, s. 44.

¹²⁶ Lavapuro 2010, s. 42 – 43.

¹²⁷ Paunio teoksessa Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen 2012, s. 30.

koskea niin sosiaaliturvan muutoksenhakulautakunnan käsittelyaikoja kuin vammaispalveluhakemuksia ja edelleen kuntalaisaloitteita. Laillisuusvalvonta on keskittynyt hallinnon joutuisuuteen myös sekä oma-aloitteisesti että tarkastuksien myötä. Mietinnössään PeVM 2/1998 vp perustuslakivaliokunta on ottanut esille toiveen hallinnon joutuisuuteen liittyvästä laillisuusvalvonnasta etenkin yksityistämisen vaikutuksiin liittyen.¹²⁸

Viivästyksiä arvioitaessa perustana on viivästyksen laatu ja siihen liittyvät syyt. Kuitenkaan työruuhkia, puutteellisia henkilö- tai muita voimavaroja, virastojen tai organisaatioiden muutoksia, lainsäädännön muuttumista, sairauslomia tai tietojenkäsittelyjärjestelmien puutteita ei ole voitu pitää hyväksyttävinä syinä viivästyksiin.¹²⁹

Paunio korostaa, että vaikka hoitoa koskevien merkityksestä yksityiselle ihmisille ei ole epäselvyyttä, eivät hoitoa koskevat päätökset kuitenkaan ole hallintopäätöksiä. Näin ollen hoitoratkaisuja ei voida saattaa tuomioistuimen ratkaistavaksi eikä tuomioistuinkontrolli tule kysymykseen oikeussuojakeinona.¹³⁰ Kuitenkin otettaessa huomioon oikeusasiamiehen laillisuusvalvonnassa esille tulleet puutteet terveyspalvelujen toteutumisessa, on aiheellista ottaa esille kysymys siitä, että voisiko tuomioistuimella olla merkittävämpi rooli perusoikeuksien turvaajana. Tätä näkökulmaa korostaa se, että hallintolainkäytöllä on suuri merkitys muiden sosiaalisten perusoikeuksien toteuttamisen kannalta.¹³¹

3.5. Yksityistämisen vaikutukset

Julkisen ja yksityisen sektorin välillä on perinteisesti nähty vallitsevan oikeudellisen dualismin. Yksityisellä ja julkisella oikeudella on perinteisesti nähty olevan erilaiset intressit: yksityisoikeuden painottuessa yksityisten etujen korostumiseen ja julkisoikeuden painottuessa julkista ja yleistä etua korostaakseen. Tätä näkemystä on vielä korostanut ajatus siitä, että yksityisoikeus sääntelee yksityisten välistä toimintaa ja julkisoikeus julkisorganisaatioiden

¹²⁸ Paunio teoksessa Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen 2012, s. 39.

¹²⁹ Paunio teoksessa Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen 2012, s. 39.

¹³⁰ Paunio teoksessa Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen 2012, s. 45.

¹³¹ Paunio teoksessa Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen 2012, s. 46. Katso myös Mäenpää Lakimies 7-8/2005.

toimintaa ja niiden suhdetta yksityisiin.¹³² Tämä näkemys on kuitenkin antanut tilaa nykyajatukselle julkisoikeuden sekä horisontaali- että vertikaaliulottuvuuksista.

Motiiveiksi julkisten palvelujen siirtämisestä yksityisille on esitetty muun muassa taloudelliset syyt¹³³ sekä valinnanmahdollisuuksien lisääminen. Voidaankin puhua funktionaalisesta yksityistämisestä, jolla tarkoitetaan sitä, että palveluihin ja tehtäviin liittyen erotetaan toisistaan järjestämisvastuu ja tuotanto siten, että julkisella vallalla säilyy valvontavastuu tehtävien järjestämisestä ja samalla osa tehtävistä siirretään sopimuksin toisten tahojen suoritettaviksi.¹³⁴

Vuonna 2000 voimaan tulleen perustuslain 124 §:n esitöistä¹³⁵ käy ilmi, että tarkoituksena oli luoda täysin uudenlainen säännös mahdollistamaan julkisten hallintotehtävien antaminen muillekin tahoille kuin viranomaisille. Merkityksellistä on se, että esityksen yksityiskohtaisten perusteluiden mukaan säännöksen on nimenomaisesti tarkoitus rajoittaa julkisten hallintotehtävien osoittamista varsinaisen viranomaiskoneiston ulkopuolelle, joka myös säännöksen lopulliseksi jääneestä sanamuodosta käykin ilmi. Lisäksi merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä ei ehdotuksen mukaan saisi antaa muille kuin viranomaisille. Perustuslakivaliokunta korostaa aikaisemman hallitusmuodon pykäläin 1, 2 ja 84 perustuvaa valtiosääntöoikeudellista virkamieshallintoperiaatetta, jonka pääpainopisteet ovat hallinnon lainalaisuus sekä virkavastuu.

Esityksen yksityiskohtaisissa perusteluissa asenne ei kuitenkaan ole ehdoton sen suhteen, ettei julkisia hallintotehtäviä voisi antaa myös virkamieskoneiston ulkopuolelle. Julkisia hallintotehtäviä annettaessa viranomaiskoneiston ulkopuolelle on kuitenkin huomioitava se, että ” tehtävien hoitamisesta ja siinä noudatettavasta menettelystä annetaan riittävän yksityiskohtaiset säännökset, että oikeusturvanäkökohdat otetaan huomioon ja että julkisia tehtäviä hoitavat henkilöt kuuluvat rikosoikeudellisen virkavastuun piiriin.”¹³⁶

Eräänä esimerkkinä sopimuksellisuuden tunkeutumisesta sosiaaioikeuden alalle voidaan mainita pohdinnat kuluttajasuojan laajentamisesta julkisiin hyvinvointipalveluihin.

¹³² Keravuori-Rusanen 2008, s. 32.

¹³³ Siikavirta 2012, s. 468.

¹³⁴ Rasinmäki 1997, s. 47 - 48.

¹³⁵ HE 1/1998 vp

¹³⁶ HE 1/1998 vp

Kuluttajansuojalakia (38/1978) sovelletaan tälläkin hetkellä elinkeinonharjoittajan tarjoamiin yksityisiin sosiaali- ja terveydenhuollon palveluihin¹³⁷. Kuluttajansuojalaki soveltuu myös silloin, kun asiakas ostaa yksityisen palvelun viranomaiselta saamallaan palvelusetelillä. Tällöin palveluntarjoajan ja asiakkaan välillä voidaan sanoa vallitsevan sopimussuhde. Oikeusministeriössä on pohdittu eräänä vaihtoehtona sitä, että kuluttajansuojalain voisi ulottaa koskemaan myös julkisia sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja.¹³⁸

Laura Kalliomaa-Puha on esitellyt sosiaalipalveluihin liittyviä etuja ja haittoja. Vaikka kysymyksessä ei varsinaisesti ole terveydenhuollon palvelut, voidaan samantyyllisiä näkökohtia yhdistää myös terveydenhuollon yksityistämiseen. Esimerkiksi sopimuksellisuuden eduksi Kalliomaa-Puha nostaa yksilöllisyyden, itsemääräämisoikeuden sekä kansalaisten sitouttamisen mukaan toimintaan.¹³⁹ Nämä kaikki elementit voidaan yhdistää myös terveystalvelujen yksityistämisessä. Itsemääräämisen ja yksilöllisyyden kannalta on hyvä että terveydenhuollon asiakkaalla on paremmat mahdollisuudet vaikutta itseään koskevaan päätöksentekoon sekä mahdollisuus vaikuttaa valinnoillaan tarjolla olevien palveluiden välillä. Näin ainakin silloin kun tilanne on se, että potilaalla on pääsy useamman kuin yhden palveluntarjoajan palveluihin.

Haasteena Kalliomaa-Puha nostaa esille hyvän hallinnon vaatimukset ja hallinnon legitiimiyden. Hän toteaa, että kun eduista neuvotellaan yksittäisten kansalaisten kesken eikä yleisesti, tällä voi olla avoimuutta vähentävä vaikutus ja sen myötä tällaiset toimenpiteet voivat ennemminkin rajoittaa kansalaisten mahdollisuuksia. Seurauksena voi olla vääristynyt mielikuva sopimuksen yksimielisyydestä ja hyväksymisestä ja näin ollen osa menettelymuodoista voi syrjäytyä.¹⁴⁰

Tilanteessa, jossa sopimus esitetään ainoana mahdollisuutena, on se vaara että kyseinen käytäntö johtaa vastuun välttelyyn ja poliittisen ohjauksen etääntymiseen. Sosiaalihuollon puolelta tilanteesta, jossa Korkein hallinto-oikeus katsoi tapauksessa KHO 2005:6 kunnan painostaneen laittomasti ja totesi, että omaishoitajaksi ei voi pakottaa.¹⁴¹ Lisäksi Kalliomaa-Puha muistuttaa siitä, että myös sopimusmenettelyllä on hintansa. Sopimusneuvottelut vievät

¹³⁷ Vuonna 2009 Suomessa 37 ulkoistettua terveyskeskusta.

¹³⁸ Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 13/2011.

¹³⁹ Kalliomaa-Puha 2012, s. 425.

¹⁴⁰ Kalliomaa-Puha 2012, s. 425 – 426.

¹⁴¹ Kalliomaa-Puha 2012, s. 426.

aikaa, ja jos niitä joudutaan myöhemmin muuttamaan, vaatii muuttaminen helposti enemmän työtä kuin aiempi organisatorinen sääntely. Tämän seurauksena voikin olla että neuvottelu ei alun perinkään ole toteutettu siinä tarkoituksessa, että kansalainen kohdattaisiin aidosti. Aidosti kohtaamisen ongelma on myös se, että kansalainen edustaa neuvottelutilanteessa maallikkoa, eikä ole tasapainoinen neuvottelija elinkeinonharjoittajan kanssa. Usein sosiaali- tai terveyspalvelun asiakas on vielä asemansa takia epäedullisessa asemassa, onhan hän juuri se, joka terveyden tai sosiaalihuollon palveluita tarvitsee.¹⁴²

¹⁴² Kalliomaa-Puha 2012, s. 426 – 427.

4. Rajanveto-ongelmat käytännössä

4.1. Toimivaltaongelmat mielenterveyslain mukaisessa päätöksenteossa

Mielenterveyslain mukaista tahdosta riippumatonta hoitoa koskevat tuomioistuinratkaisut ovat yleistyneet. Yleistymiseen ovat vaikuttaneet osaltaan yksityisten palvelujen käyttäminen lakisääteisten terveydenhuollon palvelujen järjestämisessä ja osaltaan sen myötä, että kansainvälisistä sopimuksista juontuvia oikeusperiaatteita on alettu soveltaa tuomioistuintoiminnassa. Voidaankin puhua 2000-luvun ongelmasta.

Terveydenhuollossa on muodostunut käytännössä erilaisia toimintalinjoja, jotka ovat joko lainvastaisia tai ne jättävät toivomisen varaa niihin sovellettavien lakien kannalta. Kyseisissä tilanteissa tulisi tehtävä selkeä rajanveto lainmukaisten ja lainvastaisten toimintatapojen välille. Ongelmallinen tilanne on saatava toimivaksi sekä terveydenhuollon toimivuuden kannalta että lainmukaisuuden kannalta. Oikeustapauskommentaarissaan¹⁴³ Husa toteaa hallinto-oikeuden ongelmaksi kommentoimansa tapauksen ratkaisussa sen, ettei hallinto-oikeus käsitellyt ratkaisussaan toimivaltaongelmaa lainkaan, mikä taas oli korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisun ydinsisältö. Toisin sanoen ei ole yllättävää, ettei terveydenhuollon ammattihenkilöillä ole aina selkeää ymmärrystä julkisen vallan käytön toimivaltasäännöksistä, jos eri oikeusasteet suhtautuvat niitä koskeviin tilanteisiin ratkaisuisaan eri tavoin.

Seuraavassa alaluvussa¹⁴⁴ esitellään keskeisiä ratkaisuja liittyen mielenterveyslain tulkintoihin. Yleisesti tapauksissa yhtäläistä on ainakin se, että valtaosa tapauksista liittyy päätöksentekoon, jossa päätöstä tekevällä ammattihenkilöllä ei ole ollut toimivaltaa tehdä kyseisiä päätöksiä. Tästä voitaneen päätellä, että yhtäältä lääkärit ovat entistä useammin joutuneet tilanteisiin, jossa toimivaltapuute on aiheutunut työsuhdeperusteisesti, ja toisaalta toimivallan merkitys on voinut hämärtyä ammatinharjoittajien joukossa.

¹⁴³ Husa 2012, s. 952.

¹⁴⁴ Luvussa 4.2. *Julkisen vallan käytön sisällön arviointi oikeustapausten kautta.*

4.2. Toimivaltaongelmiin liittyviä oikeustapauksia

Tapaus 1. Helsingin HAO 19.7.2013 taltio 13/0574/2

Kellokosken sairaalan vastaava ylilääkäri on määrännyt potilaan psykiatrisen sairaalahoidon jatkettavaksi ja päätös on alistettu mielenterveyslain 17 § 2 momentin nojalla hallinto-oikeuden vahvistettavaksi ja hallinto-oikeus on vahvistanut päätöksen. Potilas on määrätty hoitoon edellisen kerran 23.11.2012 ja jatkoa koskeva määräys tapahtui 21.5.2013. Päätöksestä äänestettiin äänin 2 – 1.

Ratkaisussa mielipiteitä jakoi se seikka, että potilas oli ollut tutkittavana Hyvinkään sairaalan sisätautiosastolla infektio-oireiden vuoksi. Toisin sanoen hän on ollut hoidettavana muualla muusta kuin psykiatrian alaan kuuluvasta seikasta eikä sairaalasta ulkopuolella olo ole johtunut myöskään ulkopuolisesta avohoidosta, kuntoutuksesta tai hoitolomasta. Oikeuden ratkaisun perusteluissa huomiota on kiinnitetty siihen, että psykiatrista hoitoa jatkettaessa potilasta ei aseteta tarkkailuun siitä huolimatta, vaikkakin tarkkailulausuntoon merkitään tutkintaan ottamisen päivämäärä. Kyseisessä tapauksessa tarkkailulausunnon on antanut Hyvinkään sairaalan yleissairaalapsykiatrian apulaisyleislääkäri, pätevyydeltään yleislääketieteen ja psykiatrian erikoislääkäri. Hoidon jatkamista koskevan päätöksen on tehnyt Kellokosken sairaalan ylilääkäri samana päivänä. Perusteluissa todetaan, että otettaessa huomioon mielenterveyslain 10 § 1 momentin sanamuoto sekä potilaan tarpeet ja oikeusturvanäkökohdat, ei Hyvinkään sairaalan apulaisylilääkärin toimintaa voi pitää toimivaltasuhteiltaan virheellisenä tai muutoinkaan sellaisena, että vahvistettavaksi alistettu päätös tulisi jättää vahvistamatta.

Ratkaisun saamiseksi toimitetussa äänestyksessä äänet ovat menneet 2 - 1, ja vastakkaisen äänen on esittänyt asiantuntija jäsen psykiatri *Veronica Pimenoff*. Pimenoff perustelee kantaansa sillä, ettei hänen mielestään Hyvinkään sairaalan apulaisylilääkäri ollut toimivaltainen laatimaan tarkkailulausuntoa, koska mielenterveyslain 11 § 2 momentin mukaisista välttämättömistä edellytyksistä puuttui. Lisäksi tarkkailulausunnon viimeinen mahdollinen päätöksentekopäivä olisi ollut 23.5.2013, joten lausunnon antamisella on ollut kiire. Pimenoff pitää Hyvinkään apulaisyleislääkäreitä sivullisena kohtelevana potilasta, koska

potilasasiakirjoista ei ilmene, että hän olisi toiminut potilaan konsultoivana lääkärinä. Näin ollen apulaisylilääkäri olisi tarvinnut potilaan kirjallisen tietoon perustuvan suostumuksen.

Tapaus 2. Kuopion HAO 18.1.2013 taltio 13/0016/7

Psykiatrisen sairaalan ylilääkäri oli tehnyt potilaan tahdosta riippumattoman hoidon jatkamista koskevan päätöksen. Lausunnon oli antanut saman sairaalan toinen lääkäri. Hallinto-oikeus jätti vahvistamatta sille alistetun päätöksen ja palautti asian käsiteltäväksi psykiatrisesta hoidosta vastaavalle lääkärille. Syynä oli se, että hoidon jatkamisesta päätettäessä ei ollut varattu tilaisuutta ulkopuolisen lääketieteellisen selvityksen hankkimiseen.

Kyseisestä tapauksesta erikoisen tekee se, että potilas oli tullut mielentilatutkimukseen Niuvanniemen sairaalaan taposta syytettynä. Hänen todettiin sairastavan katatonista skitsofreniaa, jonka lisäksi hänellä todettiin persoonallisuushäiriön impulsiivinen häiriötyyppi, alkoholiriippuvuus sekä monipäihderiippuvuus. Todeen perusteella potilas katsottiin syyntakeettomaksi syytteenalaiseen tekoon ja hän jäi Terveystieteiden tutkimuskeskuksen päätöksellä tahdosta riippumattomaan sairaalahoitoon Niuvanniemen sairaalaan. Sitten Niuvanniemen sairaalan lääkäri on antanut potilaasta tarkkailulausunnon ja sairaalan ylilääkäri on määrännyt potilaan mielenterveyslain 8 § ja 17 § 2 momentin nojalla tahdosta riippumattomaan psykiatriseen sairaalahoitoon.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on ottanut useasti kantaa kyseisen kaltaisiin tapauksiin. Eräänä esimerkkinä on ratkaisu M. v. Ukraina (19.7.2012). Ratkaisussaan tuomioistuin on yksiselitteisesti todennut, että päätöksen olisi tullut perustua ulkopuolisen lääkärin arvioon potilaasta. Aiheeseen liittyvä ratkaisu on myös Sýkora v. Tsekin Tasavalta (22.11.2012), jossa tuomioistuin on myös ottanut kantaa lausunnon antaneiden lääkärin asemaan. Tapauksessa lausunnon oli antanut kaksi ulkopuolista ja itsenäistä lääkärinä. Ratkaisun perusteluissa tuodaan esille, että tällöin hoitopäätöksen voidaan katsoa nojaavan objektiiviseen lääketieteellisen selvitykseen. Ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntönsä on kuitenkin yksi selvä poikkeama. Tapauksessa Liuiza v. Liettua (31.10.2012) tuomioistuin totesi hoitavan sairaalan lääkärin lausuntojen olleen riittävät selvitykset potilaan mielenterveyden

tilasta. Tuomioistuimien otti ratkaisussaan huomioon valittajan mielenterveysongelmien pitkän historian, potilaan karkkaamisen häntä hoitaneesta sairaalasta ja sen, että potilas on syyllistynyt pian sen jälkeen uusiin rikoksiin. Näiden seikkojen seurauksena, tuomioistuimien pystyi ”hyväksymään” johtopäätöksen, että potilaan määrääminen tahdon vastaiseen hoitoon oli tapahtunut laillisesti.

Tapaus 3. Kuopion HAO 16.6.2010 taltio 10/0358/7

Potilas valitti päätöksestä, jolla hänet oli määrätty mielenterveyslain 8 ja 11 §:ien nojalla psykiatriseen sairaalahoitoon. Päätöksen oli laatinut kaupungin 24 tunnin perusterveydenhuollon päivystyksessä toiminut keikkalääkäri. palvelussuhde oli työperusteinen ja oikeus työskennellä päivystyksessä perustui kaupungin ja yksityisen palveluntuottajan väliseen sopimukseen. Lisäksi lääkäri oli pyytänyt poliisilta virka-apu potilaan toimittamiseksi kaupungin terveyskeskukseen mielenterveyslain 9 § 1 momentin mukaisiin tutkimuksiin.

Hallinto-oikeus kumosi valituksenalaisen päätöksen. Lääkärin tekemät toimet sisälsivät julkisen vallan käyttöä ja keikkalääkärillä ei ollut yksityisen palveluntuottajan työntekijänä oikeutta julkista valtaa sisältävien tehtävien suorittamiseen. Merkitystä ei ollut sillä, että hoitoon määrääminen oli muilta osin tapahtunut asianmukaisesti tai sillä, että potilaalla oli perustuslain 19 § 1 ja 3 momentin mukainen oikeus huolenpitoon.

Kyseinen tapaus kuvastaa hyvin keikkalääkärin työssään kohtaamaa ongelmaa. Tilanteessa, jossa lääkäri toimii ilman toimivaltaa, voi yleisten lääketieteen oppien mukaisesti hoitoa tarvitseva potilas vähintäänkin viivästyttää omaa hoitoon päätymistään käyttämällä oikeusturvakeinojaan. Tapauksesta monimutkaisemman tekee vielä se, että päätöksen tehnyt keikkalääkäri oli neuvotellut M1 -lomakkeen laatimisesta toisen päivystävän lääkärin kanssa, joka oli virkasuhteessa kaupunkiin, mutta omasi ainoastaan sivutoimiluvan päivystyksen tekemiseen kaupungin hankkiman palveluntuottajan palveluksessa kaupungin 24 tunnin perusterveydenhuollon päivystyksessä.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Tarukannel 2012, s. 512.

Tapaus 4. 13.9.2012/2399 KHO:2012:75

Potilaan tahdosta riippumatonta hoitoa oli jatkettu. Päätöksen oli tehnyt psykiatrisen sairaalan ylilääkäri ja tarkkailulausunnon oli antanut saman sairaalan toinen lääkäri. Korkein hallinto-oikeus katsoi päätöksen tehdyn mielenterveyslaissa säädetyin edellytyksin ja säädetyssä järjestyksessä. Lisäksi korkein hallinto-oikeus arvioi menettelyyn liittyviä oikeusturvatakeita erityisesti ihmisoikeuksia koskevien kansainvälisten velvoitteiden valossa. Hallinto-oikeuden päätös pysytettiin voimassa.

Tästä tapauksesta mielenkiintoisen tekee se, että kysymyksessä on hyvin samankaltainen tapaus kuin toisena esitelty Kuopion hallinto-oikeuden ratkaisu sekä Euroopan ihmisoikeustuomion ratkaisu X v. Suomi.

Heinäkuun kolmantena päivänä 2012 EIT antoi päätöksen asiassa X v. Suomi (34806/04). Kysymyksessä on tapaus, jossa kantelun on tehnyt rikoksesta syytetty henkilö, joka on jätetty mielentilansa vuoksi rangaistuksesta tuomitsematta, mutta jonka Terveiden ja hyvinvoinnin laitos on sitten määrännyt tahdosta riippumattomaan hoitoon. Alkuperäisen kuuden kuukauden jakson jälkeen tahdosta riippumatonta hoitoa oli jatkettu.

EIT:n päätöksen mukaan ”Suomen lainsäädännön mukainen menettely tahdosta riippumattoman hoidon jatkamiseksi ei sisällä riittävää turvamekanismia mielivaltaa vastaan, koska potilaalla ei ole mahdollisuutta saada toista, riippumatonta mielipidettä tai hoidon tarpeen arviointia ennen tahdosta riippumattoman hoidon jatkamista koskevaa päätöksentekoa.” Edellä mainitun lisäksi EIT kiinnitti huomiota lainsäädännön puutteisiin siinä, että nykyisellään lainsäädäntö ei takaa riittävästi potilaalle mahdollisuutta saattaa tahdosta riippumattoman hoidon edellytyksiä sairaalan ulkopuolisen tahon arvioitavaksi hoidon aikana. Näin ollen EIT päätyi siihen tulokseen, ettei Suomen kansallinen lainsäädäntö tältä osin täytä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 5 artiklan 1 kappaleen e kohdan mukaisia vaatimuksia, jotka koskevat yksilön vapauden riistämistä lain määräämässä järjestyksessä

esimerkiksi heikon mielenterveyden vuoksi. 13. päivänä syyskuuta 2012 antamassaan ratkaisussaan (KHO:2012:75) korkein hallinto-oikeus otti kantaa ulkopuolisen lääkärin lausunnon pyytämiseen. Tämä tapahtui osana tahdosta riippumattoman hoidon jatkamisen edellytysten arviointia. Yksimielisessä täysistuntoratkaisussaan KHO totesi, ettei ulkopuolisen lääkärin arvion pyytäminen ollut välttämätön edellytys käsiteltävänä olleessa asiassa hoidon jatkamista koskevan päätöksen vahvistamiselle. Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun jälkeen EIT:n ratkaisua asiassa X vastaan Suomi ei otettu suuren jaoston käsiteltäväksi ja ratkaisu tuli lopulliseksi. Tämä tarkoitti Suomen valtion kannalta sitä, että valtion oli ryhdyttävä pikaisesti toimiin kansallisen lainsäädännön saattamiseksi EIT:n ratkaisun vaatimien muutoksien mukaiseksi.¹⁴⁶

Tapaus 5. 10.8.2012/2127 KHO:2012:63

Potilaasta tarkkailulähetteen laatineella keikkalääkärillä ei ollut toimivaltaa lähettää potilasta vastoin tämän tahtoa tarkkailuun. Toimivallan puute johtui siitä, että terveyskeskuksen päivystävä lääketieteen kandidaatti oli niin sanottu keikkalääkäri, eli hän ei ollut virkasuhteessa kaupunkiin, eikä kyseisestä toimivallasta ole erikseen säädetty lailla. Koska tarkkailulähette ei ollut virkalääkärin laatima, ei hoitoonmääräämispäätöksen voitu katsoa syntyneen perustuslain ja mielenterveyslain edellyttämällä tavalla. Päätöksestä äänestettiin äänin 4 - 1.

Asian aiemmassa käsittelyssä Hämeenlinnan hallinto-oikeus päätyi hyvin erilaiseen ratkaisuun. Hallinto-oikeus oli ottanut huomioon muun muassa sen, että vaikka potilas oli enää lievästi psykoottinen eikä enää käytökseltään aggressiivinen, hänen kertomuksensa herättivät silti epäilyn psykoosista. Kertomuksissaan potilas epäili esimerkiksi jonkun varastavansa hänen asunnostaan hilloja ja jättävän sinne ulosteita. Lisäksi potilas oli ollut aiemminkin psykiatrisessa hoidossa ja hänellä oli todettu joko paranoidinen psykoosi tai paranoidinen skitsofrenia. Muun muassa näihin seikkoihin vedoten hallinto-oikeus katsoi, että potilas oli hoidon tarpeessa ja hoitoon määräämättä jättäminen olisi ollut huonompi vaihtoehto sekä potilaalle että mahdollisesti vaarantanut myös muiden henkilöiden turvallisuutta.

¹⁴⁶ Tapausta käsitelty myös HE 199/2013.

Hallinto-oikeus nojasi päätöksessään enemmän terveydenhuollon aineelliseen arviointiin, kun taas KHO perusti päätöksensä väärässä järjestyksessä laaditun hoitopäätöksen kumoamiseen. KHO katsoi, että koska tarkkailulähetteen kirjoittaneelta lääkäriltä puuttui toimivalta, ei hoitoon määrääminen syntynyt perustuslain 124 § ja mielenterveyslain 9 ja 10 § edellytetyin perustein. Ainoan eriävän mielipiteen jättänyt jäsen toteaa lausunnossaan perustaneensa mielipiteensä samankaltaisiin näkökohtiin kuin hallinto-oikeus. Lausunnon perusteella hän ei pitänyt perustuslain 124 § ristiriidassa tilanteessa vallinneiden tosiseikkojen kannalta vaan hän painotti turvallisuutta, potilasturvallisuutta ja sitä, että hoitoon määrääminen tapahtui lääkärin ammatillisista näkökohdista moitteettomasti. Erikoisin pohdinta lausunnossa koskee sitä, että koska mielenterveyslaki on säädetty ennen perustuslain voimaan tuloa, lain esitöissä ei ole pohdittu sitä, että sisältääkö tarkkailulähetteen laatiminen virkasuhteen vaativaa julkisen vallan käyttöä.

5. Kokoavia näkökohtia

5.1. Johtopäätökset

Lääkärin ammatinharjoittamiseen ja julkisen vallan käyttöön liittyvät ongelmat on tunnistettu ja tunnustettu niin eduskunnan oikeusasiamiehen, eritasoisten suomalaisten tuomioistuinten ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen toimesta. Tämän seurauksena erilaisiin selvitystoimiin on jo ryhdytty ja tilanteen julkisuus on aiheuttanut sekä poliittista että juridista mielenkiintoa aihetta kohtaan.

Lääkärin ammatti on toimenkuvaltaan poikkeuksellinen siinä mielessä, että lääkäriltä odotetaan työnsä puolesta kykyä puuttua yksilön itsemääräämisalueelle ammattitaitonsa mukaisesti edellytyksin, mistä taas säännellään lainsäädännöllä. Lääkärin voidaankin katsoa työssään tasapainottelevan ammattietiikan ja oikeusmoraalin välimaastossa. Siinä missä valtiosääntöoikeudelliset periaatteet juontavat juurensa Aristoteleen aikaan, voidaan myös lääkärin ammattia pitää eräänä vanhimmista tunnetuista ammateista. Lisäksi lääkärin oppeja voidaan pitää eräänä käsityöläisammattien historiallisesti kauaskantoisimmista opeista, jotka ovat siirtyneet sukupolvelta toiselle ja kehittyneet sen myötä.

Julkisen vallan käyttöön liittyvä vastuu lääkärin tehtävissä on pääasiassa lääkäriillä, joka kulloisessakin tilanteessa päättää tietystä toimenpiteestä. Vaikka lääkärin tulee tehdä päätöksensä yhdessä potilaansa tai potilaan edustajan kanssa, on lääkäri itse lakisääteisesti poikkeuksesta vastuussa tekemistään päätöksistään. Mielenterveyslain mukaisen tahdosta riippumattoman hoidon menettelyssä on konkretisoitunut usein tilanne, jossa lääkäri on tehnyt julkista vallan käyttöä sisältämiä tehtäviä ilman asianmukaista toimivaltaa. Tällä hetkellä kolmivaiheinen tahdosta riippumattoman hoidon toimeenpano sisältää julkisen vallan käyttöä joka vaiheessa. Yksityisten palveluiden myötä usein juuri päivystyksessä tai muissa yllättävissä julkisen vallan käytön tilanteissa ei toimivaltaista lääkäriä ole välttämättä saatavilla tilanteeseen.

Yksityistämiseen liittyy potilaan valinnan mahdollisuuksien lisäämisen elementti. Kehityssuunta on lähtökohtaisesti hyvä, ja parhaimmillaan mahdollistaa monipuolisemmat hoitomahdollisuudet ja toimipisteet. Tällaisten mahdollisuuksien järjestämisen yhteydessä

pitää kuitenkin huomioida lakisääteisten palveluiden saatavuus ja riittävyys kaikissa tilanteissa.

Julkisia tehtäviä hoitavilla virkasuhteisilla lääkäreillä tilanne on yksinkertaisempi verrattuna julkisia tehtäviä hoitavaan työsuhteiseen lääkäriin siinä mielessä, että virkalääkäri on lähtökohtaisesti aina toimivaltainen. Työsuhteisen lääkärin on oltava huolellisempi ja hänen on huolehdittava siitä, ettei hän ylitä toimivaltarajojaan tai, että hän tarvittaessa siirtää julkisen vallan käyttöä sisältävät toimet toimivaltaiselle lääkärille. Yllättävissä tilanteissa tämä ei kuitenkaan välttämättä ole mahdollista. Tällöin täytyy tarkastella laajemmin järjestäjän vastuuta kyseisissä tilanteissa.

Lääkärit jo työnkuvansa puolesta voivat joutua päättämään lainsäädäntöäkin perustavanlaatuisemmasta oikeudesta eli oikeudesta elää. Tilanteessa, jossa neljän vuoden opinnot suorittanut kandi on pätevin toimimaan kiireellisessä tilanteessa, ei häntä voine pitää syyllisenä virkavirheeseen tai rikokseen yrittäessään auttaa parhaan taitonsa mukaan. Tämä ei tietenkään tarkoita sitä, että tällaisia tilanteita pitäisi organisatorisesti järjestää, mutta tällaisen tilanteen tapahtuessa voisi kysymykseen tulla jonkinlainen jälkiperusteinen järjestely kevyemmässä järjestelyssä kuin tuomioistuinmenettelyssä.

Opiskelijoita ja amanuensseja koskeva lainsäädäntö tulisi yhdenmukaistaa ja päättää yhtenäiset linjat niitä koskien. Tällä hetkellä lääketieteen kandidaatti voi toimia lakisääteisesti ammattihenkilönä, mutta harjoitteluaan suorittava opinnoissaan pidemmällä oleva amanuenssi ei ole lainmukainen terveydenhuollon ammattihenkilö. Vaikka tämä erotus voi joissain tilanteissa olla perusteltu, tulisi lääketieteen kandidaatin ammattihenkilönä toimimisen rajoja harkita uudelleen.

Jotta voidaan ymmärtää työsuhdeperusteesta aiheutuneet ongelmat, täytyy tarkastella kuntalain 2 §:n 3 momenttia. Perustuen tähän kunnille lainsäädännöllä annettuun mahdollisuuteen, useat kunnat ovat harjoittaneet oikeuttaan hankkia terveydenhuollon palveluita yksityisiltä palveluntarjoajilta, ja sen myötä lääkärin virkasuhteen ja työsuhteen rajat ovat aiheuttaneet jossain määrin joko sekaannusta ammatinharjoittajissa tai vaihtoehtoisesti ne eivät ole tuntuneet merkittävilta ammatin vaatimia toimenpiteitä harjoittaessa tilanteen niin vaatiessa puuttuneesta asiallisesta toimivallasta huolimatta.

Perustuslaki 124 § asettaa selvät rajat julkisten palvelujen siirtämisestä yksityisille. Lähtökohtana on, että julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle vain lailla tai lain nojalla. Lisämääreinä on lueteltu, että näin voidaan tehdä silloin, kun hallintotehtävän antaminen muulle kuin viranomaiselle on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Lisäksi merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan kuitenkin antaa vain viranomaiselle.

Jotta organisatorisesti ongelmallisia tilanteita ei syntyisi, kunnan tulee lakisääteisiä palveluita järjestäessään varmistaa, että lainsäädäntöä myös noudatetaan. Silloin, kun julkista vallan käyttöä sisältävät palvelut on järjestetty täysin yksityisen sektorin palveluntuottajilla, kunnan voidaan katsoa menetelleen väärin. Vaikka lainsäädäntö mahdollistaa erilaiset tavat palveluiden järjestämiseksi, ei järjestystapa silti saa muodostaa tilanteita, joissa palvelut ovat jo lähtökohtaisesti ongelmallisia lakien, oikeusturvatakeiden ja kansainvälisten sopimusten mukaisten perus- ja ihmisoikeuksien suhteen.

Dworkinin positivismin määritelmää mukaillen julkisen vallan käytöstä lääkärin ammatissa on lailla säädetty rajat, jotka ovat tuomioistuinkäytännössä testatut. Tästä muodostunut ydin on osoittanut, että tahdon vastaiseen hoitoon määrääminen on usein siinä tilassa, että sen oikeudellinen ydinsisältö sisältää jollain tavalla epämääräisiä määritelmiä. Näin ollen ydinsisältöä on korjattava, jotta päätökset eivät tapahdu mielivaltaisesti. Tarkemmin sanottuna lääkärin toimivaltaisuuden puute on usein aiheuttanut merkittävää puuttumista yksilön oikeuksiin väärin perustein, joka on omiaan aiheuttamaan oikeutetun epäilyn kyseisten toimenpiteiden lainmukaisuudesta.

Terveystieteiden ammattihenkilön palvelussuhteen perusta on lainsäädännöllä järjestetty monimutkaiseksi. Ongelmallista siinä on etenkin se, että julkisia ja yksityisiä palveluja toteutetaan samoissa tiloissa samojen henkilöiden toimesta, ja tämä on omiaan hämärtämään kyseisten tehtävien julkisen vallan käytön näkökulmasta olennaisia eroja. Merkityksellistä on myös se, milloin ylipäänsä lääkärin toimet voivat olla sellaisia, ettei hänellä tarvitse olla mahdollisuutta julkisen vallan käyttöön. Toisin sanoen nykyisellään kysymyksessä on usein tilanne, jossa ammattihenkilö toimiessaan ammattihenkilön roolissa ei voi toteuttaa ammattitaitonsa vaatimia toimenpiteitä puutteellisen toimivaltansa takia. Nykyisellään tilanteessa olevia potentiaalisia resursseja ei hyödynnetä täysimääräisesti. Ongelman

kiertämisen sijaan tulisi pohtia ennemmin vaihtoehtoja kaikkien lääkärien valtuuttamiseksi julkisen vallan käyttäjiksi mahdollisimman moninaisin palveluperustein. Voisikin esittää toisin päin, että Suomen valvotussa tilanteessa lääkärien toimivallan laajentaminen voisi tulla kysymykseen, kunhan voidaan varmistaa valvonnan käytännön toimiminen. Julkisten virkojen yleistyminen korostaisi myös sekä vahingonkorvausvastuun että rikoslain virkavastuun merkitystä.

Perustuslaillisten ongelmien yhteydessä täytyy ymmärtää kunnioittaa rakenteita. Mikäli näin ei ole, voi ongelmaksi muodostua käytäntö siitä, että asioihin ei vaikuteta itse aktiivisesti vaan asioiden annetaan muotoutua itsenäisesti sisäistäen mahdollisesti virheelliset toimintamallit. Tällöin eriydytään eri asioiden tärkeysjärjestyksestä ja ennalta määrättävyydestä, jotka ovat etenkin lainsäädännölle tyypillisiä lähtökohtia. Silloin kun perustuslain ohjaavaa vaikutusta ei oteta tarpeeksi huomioon, ja jos sille ei anneta sen ansaitsemaa merkitystä, jäävät ensisijainen oikeuslähde ja oikeuden syvällisimmät peruseriaatteet painoarvottomiksi. Tällaiseen voi johtaa esimerkiksi työkuultuuriin, poliittisiin tai sosiaalisiin toimintatapoihin perustuvat käytännöt. Kyseenomaiset virheelliset toimintamallit ovat näkyneet käytännössä aiheeseen liittyvien tapausten lisääntymisenä tuomioistuimissa. Tuomioistuimet ovat joutuneet ottamaan samankaltaisiin tapauksiin useasti kantaa, ja luomaan oikeuskäytännöllä ratkaisulinjoja rajanveto-ongelmiin. Tämä näkyy selvästi myös tässä työssä käsitellyistä oikeustapauksista.

Terveystenhuollon lainsäädäntö ei saisi edesauttaa sellaisten tilanteiden syntymistä, joissa lääkärille on kannattavampaa tehdä työtä niin sanottuna eurolääkärinä tai keikkalääkärinä, tai tällöin palkkion määräytyminen täytyisi järjestää esimerkiksi keskitetyn varojenjaon kautta, jossa lääkäri toimisi jatkuvasti yhden työnantajan palveluksessa, ja hänelle maksettaisiin palkkiota yleisen työehtosopimuksen mukaisesti lyhytaikaisistakin toimista. Kuntien talouden tasapainottamiseksi palkkojen määrät pitäisi muutenkin järkevöittää ja asettaa lääkärin palkoille selvästi rajat yleisellä linjauksella. Kysymykseen voisivat tulla esimerkiksi lakisääteiset vuosimäärät virkojen hoitamisessa ja virkapaikan määräytyminen esimerkiksi opintomenestykseen ja kokemukseen perustuen.

Terveysten- ja sosiaalihuollon valvonta on edelleen irrallista muusta hallinnosta. Tämä näkyy siinä, että vaikka valvontajärjestelmä on olemassa ja vaikka koulutus on korkeatasoista, ei valvonta silti käytännössä toimi. Samankaltaisista usein toistuneista toimivaltarajojen rikkeistä voi päätellä, että valvonta suoritetaan usein näennäisesti ja tämän seurauksena

useissa asioissa lakisääteiset rajat jäävät saavuttamatta säännönmukaisesti. Tilanteesta erikoisen tekee se, että vaikka virkalääkäreiden paikkoja ei saada täytettyä henkilökunnan puutteeseen perustuen, henkilökunta saadaan kuitenkin järjestettyä erilaisten yksityisten ja vuokrajärjestelyjen kautta.

5.2. Tulevaisuuden näkymät

Hallituksen esityksessä 199/2013 mielenterveyslain § 9 muutettaisiin siten, että tarkkailuun lähettäminen ja tarkkailuun ottaminen erotettaisiin omiksi pykälikseen. Erona entiseen verrattuna olisi se, että kuka tahansa ammattihenkilöstä annetun lain 4 § mukainen lääkäri voisi kirjoittaa tarkkailulähetteen, joskin ainoastaan virkalääkäri voisi tehdä päätöksen tarkkailulähetettä seuraavasta vaiheesta eli tarkkailuun ottamisesta. Hallituksen esityksessä korostetaan perustuslain 10 § momentti 1 mukaista potilaan oikeutta välttämättömään huolenpitoon ja perustuslain 7 § momentin 1 mukaista oikeutta turvallisuuteen. Tarkkailulähetteen tulee sisältää perusteltu arvio tarkkailuun ottamisen edellytyksistä, joista säädetään mielenterveyslain 8 §:ssä. Tarkkailulähetettä ei edelleenkään pystyisi kirjoittamaan ammatinharjoittamislainsäädännön nojalla lääkärinä toimiva lääketieteen opiskelija. Tarkkailulähetteen laatiminen ei myöskään itsessään oikeuttaisi pyytämään virka-apua poliisilta, vaan virka-avun pyytämisestä sitä tarvittaessa säädetään erikseen mielenterveyslaissa.

Hallitus ja oppositio ovat sopineet 23.3.2014 uudesta mallista sosiaali- ja terveystalvelujen järjestämiseksi. Kyseisen mallin perusajatus on se, että maa jakaantuu viiteen alueeseen nykyisten sairaanhoidon erityisvastuualueiden pohjalta, ja kukin alue vastaa palveluistaan. Rahoittajana toimivat edelleen kunnat ja uusien järjestämisvastuualueiden hallintomalli on kuntayhtymä. Kyseinen uudistus on tarkoitus saada eduskuntakäsittelyyn syksyllä 2014 ja uusien alueiden käyttöönotto on suunniteltu tapahtuvan vuoden 2017 alussa.